Rechtliche und tatsächliche Bedeutung der Generalklausel im Bauordnungsrecht

Daniela Bauer

1981

RECHTLICHE UND TATSÄCHLICHE BEDEUTUNG DER GENERALKLAUSEL IM BAUORDNUNGSRECHT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Daniela Bauer

1981

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Professor Dr. Scholz
Korreferent: Professor Dr. Lerche

Tag der mündlichen Prüfung:
17. Juli 1981

Inhaltsübersicht

I Einleitung

II Geschichtliche Entwicklung der Baupolizei

1. Vorabsolutismus
2. Polizeistaat des Absolutismus
3. Aufklärung und nachlandrechtlicher Polizeistaat
4. Bürgerlicher Rechtsstaat des 19.Jahrhunderts
5. Weimarer Republik
6. Nationalsozialismus
7. Entwicklungen nach dem 2.Weltkrieg

III System der Ordnungs- bzw. Sicherheitsverwaltung im Allgemeinen

1. Begriffe aus dem Recht der Gefahrenabwehr
.1. Gefahrbegriff
.2. Begriff der öffentlichen Sicherheit
.3. Begriff der öffentlichen Ordnung

2. Generalklausel und Spezialermächtigung
.1. Bedeutung der Generalklausel
.1.1. Begriff
.1.2. Wirkungsweise
.1.3. Verfassungsmäßigkeit
.2. Bedeutung der Generalermächtigung
.2.1. Auslegung der polizeilichen Generalklausel
.2.2. Verhältnis der Generalermächtigung zu Spezialvorschriften
.3. Bedeutung der Spezialermächtigungen
.3.1. Bayerisches System
.3.2. Rechtsauffassung in den sonstigen Bundesländern

IV Bedeutung der Generalklausel im Bauordnungsrecht

1. Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen der Bauaufsichtsbehörden im Einzelfall

.1. Rechtliche Bedeutung des Art. 3 bayBO als Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen der Bauaufsichtsbehörden im Einzelfall

.1.1. Art. 3 bayBO als Aufgabennorm

.1.1.1. Wesensmerkmale einer Aufgabennorm

.1.1.2. Vorliegen der Merkmale einer Aufgabennorm bei Art. 3 bayBO

a) Art. 3 bayBO für sich gelesen

b) Art. 3 bayBO iVm Art. 77 ff bayBO

aa) Art. 77, 78 II 1 bayBO als Kompetenzzuweisungsnorm

bb) Art. 3 als materielle Aufgabenbestimmung

cc) Aushöhlung von Art. 3 bayBO als materielle Aufgabennorm durch Art. 78 II 1 bayBO

Zwischenergebnis zu 1.1.1.2.

.1.1.3. Regelungsbereich des Art. 3 bayBO in seiner Funktion als materielle Aufgabennorm

a) Wohlfahrts- und Sozialaufgaben

b) Belästigungen und Nachteile

c) nichtbauliche Anlagen

.1.2. Art. 3 bayBO als Befugnisnorm für die Bauaufsichtsbehörden

.1.2.1. Art. 3 bayBO für sich gelesen

.1.2.2. Art. 3 bayBO iVm Art. 77, 78 II 2, 78 II 1 bayBO

Zwischenergebnis zu 1.1.2.2.

.1.2.3. Umfang der aus Art. 3 iVm Art. 78 II 1 u. 2 bayBO abgeleiteten Befugnisse

.1.3. Zusammenfassung zu 1.1.

.2. Rechtliche Bedeutung der §§ 3 der BOen in den übrigen Bundesländern (einschl. Berlin) als Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen der Bauaufsichtsbehörden im Einzelfall

.2.1. § 3 als Aufgabennorm

.2.1.1. § 3 für sich gelesen

.2.1.2. § 3 iVm einer formellen Kompetenzzuweisungsnorm

a) die formellen Kompetenzzuweisungsnormen

b) § 3 als materielle Aufgabenbestimmung

.2.1.3. Regelungsbereich des § 3 in seiner Funktion als materielle Aufgabennorm

.2.2. Zusammenfassung zu 1.2.

.3. Möglicher Anwendungsbereich der Generalklausel als Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen im Einzelfall und ihre tatsächliche Bedeutung in der Praxis

.3.1. Verhältnis zwischen Generalklausel und Spezialermächtigungen in der BO

.3.2. Tatsächlich verbleibender Anwendungsbereich für die Generalklausel als Rechtsgrundlage im Einzelfall neben den Spezialermächtigungen

.3.2.1. Maßnahmen zur Unterhaltung baulicher Anlagen

.3.2.2. Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung

.3.2.3. Generalklausel als Auffangnorm

2. Ermächtigungsgrundlage für Verordnungen der BAB

.1. Bedeutung der Rechtsverordnungen im Bauordnungsrecht

.2. Generalklausel als Ermächtigungsgrundlage für Verordnungen

.2.1. Allgemeine Merkmale einer Ermächtigungsgrundlage

.2.2. Vorliegen der Merkmale einer Ermächtigungsgrundlage bei der Generalklausel

.2.3. Verhältnis der Generalermächtigung zu den Spezialermächtigungen

3. Mittelbare Anwendung der Generalklausel durch Verweisungen in anderen Vorschriften der BOen

4. Auslegungsregel

5. Rahmennorm

.1. Art. 78 III, IV bayBO

.2. Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten

.2.1. Nebenbestimmungen mit spezieller Rechtsgrundlage in der BO

.2.1.1. Gebundene Nebenbestimmungen

.2.1.2. Ermessensentscheidungen

.2.2. Nebenbestimmungen ohne spezielle Rechtsgrundlage in der BO

.2.2.1. Nebenbestimmungen bei gebundenen Verwaltungsakten

.2.2.2. Nebenbestimmungen bei Ermessensentscheidungen

.3. Ausnahmen und Befreiungen

6. Materielle Grundnorm

7. Präambel

V Bedeutung der Generalklausel in der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte (bzw. Verwaltungsgerichtshöfe)

1. Anwendung des § 3 in seiner Funktion als materieller Bestandteil einer Rechtsgrundlage

2. Anwendung des § 3 in seiner Funktion als Bezugsnorm bei Verweisungen

3. Anwendung des § 3 in seiner Funktion als Auslegungshilfe

VI Formulierungsvorschlag für eine Neufassung der derzeitigen Generalklausel

Literatur

ACHTERBERG, N. — "Öffentliche Ordnung" im pluralistischen Staat in: Festschrift für Scupin Berlin 1973

ADOMEIT, K. — Rechtstheorie für Studenten, Normlogik, Methodenlehre, Rechtspolitologie Heidelberg/Hamburg 1979

BADURA, P. — Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaats Göttingen 1967

BALTZ, C. — Preußisches Baupolizeirecht 4. Aufl., Berlin 1910

BAUMGARTNER, R.- REUTER, K. — Bayerische Bauordnung, Ausführliche Textausgabe 3. Aufl., München 1974

BENGL, K.- BERNER, G.- EMMERIG, E. — Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz mit weiteren einschlägigen Vorschriften und Hinweisen 4. Aufl., München, Loseblatt Stand Oktober 1979

BERNER, G. — Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (PAG) 8. Aufl., München 1979

BONIN, P. — Landesbauordnung Rheinland-Pfalz, Textausgabe mit erläuternder Einführung 7. Aufl., Mainz 1974

BRÖLL, H.- DÖLKER, W. — Das neue Bundesbaugesetz und die neuen Bauordnungen der Länder mit Nebengesetzen Kissing 1980

BUFF, A. — Bauordnung im Wandel, Historisch-politische, soziologische und technische Aspekte München 1971

BURCKHARDT, W. — Methode und System des Rechts Zürich 1936

CANARIS, C.-W. — Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz Berlin 1969

CREIFELDS, C. — Rechtswörterbuch 3. Aufl., München 1973

DENNINGER, E.	Polizei in der freiheitlichen Demokratie in: Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat, Hrsg. Denninger, E. und Lüderssen, K. Frankfurt/M. 1978
DIETEL, A.- GINTZEL, K.	Allgemeines Verwaltungs- und Polizeirecht für Nordrhein-Westfalen 3. Aufl., Hilden/Rhld 1972
DREWS-WACKE-VOGEL-MARTENS	Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder Erster Band: von Klaus Vogel zitiert: Drews/Wacke/Vogel/Martens I 8. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1975 Zweiter Band: von Wolfgang Martens zitiert: Drews/Wacke/Vogel/Martens II 8. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1977
ENGISCH, K.	Einführung in das juristische Denken 5. Aufl., Stuttgart 1971
ENGLERT, F.- MANG, J.	Die Bayerische Bauordnung 11. Aufl., München 1957
ERBEL, G.	Der Streit um die öffentliche Ordnung als polizeiliches Schutzgut. DVBl 1972,475 ff
ERICHSEN, H.-U.- MARTENS, W. (Hrsg.)	Allgemeines Verwaltungsrecht 3. Aufl., Berlin/New York 1978
FÖRSTER, H.- SCHMIDT, R.- GRUNDEI, A.- WILLERT, P.-F.	Bauordnung für Berlin Kommentar mit Rechtsverordnungen und Ausführungsvorschriften 3. Aufl., Gütersloh 1980
FORSTHOFF, E.	Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. I Allgemeiner Teil 10. Aufl., München 1973
FRIAUF, K.-H. ders.	Bau-, Boden- und Raumordnungsrecht Polizei- und Ordnungsrecht in: Besonderes Verwaltungsrecht, Hrsg. I.v.Münch 5. Aufl., Berlin 1979
FROTSCHER, W.	Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte im Polizei- und Ordnungsrecht. DVBl 1976, 698 ff
GÄDTKE, H.	Kommentar zur Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen 5. Aufl., Düsseldorf 1977
GINTZEL, K.	Die Generalklausel und die Spezialermächtigungen im Polizeirecht Diss. jur. Münster 1965

GÖTZ, V.	Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht 4. Aufl., Göttingen 1977
ders.	Polizei- und Ordnungsrecht heute DVBl 1975, 876 ff
GROSSE-SUCHSDORF, U.- SCHMALTZ, H.K.- WIECHERT, R.	Niedersächsische Bauordnung, Kommentar Hannover 1974
HAASE, G.	Die Landesbauordnungen, Vergleichende Textausgabe auf der Grundlage der Musterbauordnung 2. Aufl., Wiesbaden/Berlin 1971
HAMBECK, F.- ALEXEJEW, J.	Hamburgische Bauordnung, Vorschriftensammlung mit Anmerkungen und einer erläuternden Einführung 4. Aufl., Mainz 1974
HEISE, G.	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes Stuttgart, München, Hannover 1976
HOLSTEIN, E.	Landesbauordnung Schleswig-Holstein, Textausgabe mit Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Bauordnung, sonstigen Vorschriften für die Baugenehmigung und einer erläuternden Einführung 8. Aufl., Kiel 1973
ISAY, E.	Das Preußische Bau- und Wohnungsrecht Halle/S.-Berlin 1933
JELLINEK, W.	Verwaltungsrecht 3. Aufl., Berlin 1931; Neudruck Bad Homburg 1966
JESCH, D.	Gesetz und Verwaltung Tübingen 1961
KÄÄB, A.- RÖSCH, W.	Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz Erläuterungen zum Gesetz i.d.F.v. 17.11.56 München 1958
KARPEN, H.-U.	Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik Berlin 1970
KIRCHHOF, P.	Grundfälle zum Polizeirecht JuS 1974, 648 ff
KOCH, H.- MOLODOVSKY, P.	Kommentar zur Bayerischen Bauordnung 8. Aufl., München 1979
KSOLL, E.- KÜCHENHOFF, G.- SCHÖNDORF, A.	Polizei- und Ordnungsrecht, Allgemeine Lehren 3. Aufl., Düsseldorf 1973

LARENZ, K.	Methodenlehre der Rechtswissenschaft 2. Aufl. Berlin 1969
LOSCHELDER, W.- KLÜBER, H.	Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung DVBl 1957, 819
MARTENS, J.	Baugenehmigung - Ein Beispielsfall für die Wirkungsweise des Verwaltungsakts JuS 1975, 69
MARTENS, W.	Öffentlich als Rechtsbegriff Bad Homburg 1969
ders.	Der Schutz des einzelnen im Polizei- und Ordnungsrecht DÖV 1976, 457 ff
MANG, J.- MAUNZ, T.- MAYER, F.- OBERMAYER, K.	Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern 4. Aufl., München 1975
MANG, J.- SIMON, A.	Bayerische Bauordnung, Kommentar München, Loseblatt Stand März 1980
MARBURGER, P.	Die Regeln der Technik im Recht Köln, Berlin, Bonn, München 1979
MAUNZ, T.- DÜRIG, G.- HERZOG, R.- SCHOLZ, R.	Grundgesetz, Kommentar München, Loseblatt Stand 1979
MAYER, F.	Allgemeines Verwaltungsrecht, Eine Einführung 4. Aufl., Stuttgart/München/Hannover 1977
MENNICKEN, A.	Das Ziel der Gesetzesauslegung Bad Homburg 1970
MÜLLER, G.	Bauordnungsrecht für Baden-Württemberg Stuttgart 1976
MÜLLER, H.	Handbuch der Gesetzgebungstechnik 2. Aufl., Köln/Bonn/Berlin/München 1968
MÜNCH, I.v. (Hrsg.)	Besonderes Verwaltungsrecht 5. Aufl. Berlin/New York 1979
OSSENBÜHL, F.	Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz Bad Homburg 1968
RÖßLER, H.-G.	Kommentar zur Landesbauordnung von Nordrhein-Westfalen Köln/Berlin/Bonn/München 1971
RUPP, H.H.	Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis Tübingen 1965

SALFELD, — Niedersächsische Bauordnung
Vorschriftensammlung mit einer erläuternden Einführung
Hannover 1974

SAMPER, R. — Das neue Polizeiaufgabengesetz
BayVBl 1979, 33 ff

SCHACHEL, J. — Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten
Berlin 1979

SCHEERBARTH, W. — Das allgemeine Bauordnungsrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Musterbauordnung und der neuen Landesbauordnungen
Köln 1962

SCHEYHING, R. — Pluralismus und Generalklauseln
in: Recht und Staat Bd. 454
Tübingen 1976

SCHIEDERMAIR, R. — Einführung in das bayerische Polizeirecht
2. Aufl. 1964

SCHLEZ, G. — Landesbauordnung für Baden-Württemberg, Kommentar
2. Aufl., München 1973

SCHMELZEISEN, G.K. — Polizeiordnung und Privatrecht
Münster/Köln 1955

SCHOLZ, R. — Das Verhältnis von technischer Norm und Rechtsnorm unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts
in: Technische Normung und Recht
Ausgewählte Schriften aus Forschung, Lehre und Wissenschaft für das Gebiet der Normung
DIN-Normungskunde Heft 14
Berlin, Köln 1979

STELKENS, P.- BONK, H., J.- LEONHARD, K. — Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar
München 1978

ULE, C.H. — Bundesimmissionsschutzgesetz, Kommentar
Neuwied/Berlin, Loseblatt Stand März 1980

ULE, C.H.- RASCH, E. — Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht
Köln, Berlin 1965

ULLRICH, W. — Landesbauordnung Baden-Württemberg
2. Aufl., Neuwied/Darmstadt 1973

ders. — Hessische Bauordnung mit Rechtsvorschriften zum bauaufsichtlichen Verfahren und Baunutzungsverordnung
Neuwied/Darmstadt 1978

ULLRICH, W.	Landesbauordnung Nordrhein-Westfalen 5. Aufl., Neuwied/Darmstadt 1975
ders.	Landesbauordnung Rheinland-Pfalz 3. Aufl., Neuwied/Darmstadt 1978
UNRUH, G.-C. v.	Polizei als Tätigkeit der leistenden Verwaltung DVBl 1972, 469 ff
VOGEL, K.	Über die Herkunft des Polizeirechts aus der liberalen Staatstheorie in: Festschrift für Wacke Köln 1972
WEINISCH, D.- WAMBSGANZ, L.- BAUMGARTNER, R.- WIEBEL, E.	Kommentar zur Bayerischen Bauordnung München, Loseblatt Stand Juni 1970
WERNER, F.	Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht Karlsruhe 1966
WEYREUTHER, F.	Eigentum, öffentliche Ordnung und Baupolizei in: Veröffentlichungen der Gesellschaft Hamburger Juristen Heft 11 Köln/Hamburg 1972
WOLFF, H.J.	Verwaltungsrecht I, II Band I: zitiert: Wolff I 9. Aufl., München 1974 Band II: zitiert: Wolff II 4. Aufl., München 1976
WOLFF, H.J.- BACHOF, O.	Verwaltungsrecht III Band III: zitiert: Wolff/Bachof III 4. Aufl., München 1978

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
allg.	allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 1. Juni 1794, Verlag G.C.Nauck, Berlin 1817 (zitiert nach §, Teil und Titel)
AMG	Arzneimittelgesetz v. 24.8.76
amtl.	amtlich
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
BAB	Bauaufsichtsbehörden
BayBO	Bayerische Bauordnung i.d.F. v. 1.10.74
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BayVerfGH	Verfassungsgerichtshof für den Freistaat Bayern
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BBauG	Bundesbaugesetz i.d.F. v. 18.8.76
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGSG	Gesetz über den Bundesgrenzschutz v. 18.8.72
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz v. 15.3.74
blnBO	Bauordnung für Berlin i.d.F. v. 1.7.79

BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege v. 20.12.76
BO	Bauordnung
brBO	Bauordnung für Bremen
BRS	Baurechtssammlung; Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der Oberverwaltungsgerichte der Länder und anderer Gerichte zum Bau- und Bodenrecht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Entscheidungssammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Entscheidungssammlung)
bwBO	Landesbauordnung für Baden-Württemberg i.d.F. v. 20.6.72
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EBO	Einheitsbauordnung für Preußen v. 1919 und 1938
Einf.	Einführung
ESVGH	Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
etc.	et cetera
evtl.	eventuell
f	folgend(er)
ff	folgende
FS	Festschrift
Fußn.	Fußnote

G	Gesetz
gem.	gemäß
Gew.Arch.	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.49
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
hBO	Bauordnung für Hessen i.d.F. v. 16.12.77
hbgBO	Hamburgische Bauordnung v. 10.12.69
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897
h.Lit.	herrschende Literatur(meinung)
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.	id est, das heißt
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
KG	Kammergericht Berlin
LBO	Landesbauordnung
Lit.	Literatur
LStVG	Gesetz über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, i.d.F. v. 7.11.74 (Bayern)
MEPolG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder v. 25.11.1977
MustBO	Musterbauordnung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
nsBO	Niedersächsische Bauordnung v. 23.7.73
nwBO	Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen i.d.F. v. 27.1.70
OBG	Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden i.d.F. v. 13.5.80 (Nordrhein-Westfalen)
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Amtliche Sammlung von Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Rheinland-Pfalz und Saarland und: Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg mit Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes Nordrhein-Westfalen und des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten i.d.F. v. 2.1.75
PAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei v. 24.8.78
PG	Polizeigesetze
PolR	Polizeirecht
PolZG	Gesetz über die Zuständigkeit der Berliner Polizei- und Ordnungsbehörden v. 2.11.58, geändert 22.7.70
Pr.	Preußisch
Pr.OVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz
Rdnr.	Randnummer
RGBl.	Reichsgesetzblatt
rhpfBO	Landesbauordnung für Rheinland-Pfalz v.27.2.74
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Rechtsverordnung

S.	Seite
saBO	Bauordnung für das Saarland
schlhBO	Landesbauordnung für das Land Schleswig-Holstein i.d.F. v. 20.6.75
SOG	Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung
sog.	sogenannt
U.	Urteil
u.s.w.	und so weiter
v.	von, vom
V.	Verfassung
Verf.	Verfasserin
VerwR	Verwaltungsrecht
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (Zeitschrift)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGH nF.	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des bayerischen Verfassungsgerichtshofs nF. = neue Folge seit 1947
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (seit 1924)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz v. 25.5.76
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Verfassung) v. 11.8.1919
zB.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zT.	zum Teil

I Einleitung

Die Bauordnungen der Länder beinhalten in ihren jeweiligen §§ 3[1] eine Regelung, mit der allgemein gefaßten Anforderung, daß bauliche Anlagen so zu errichten und zu ändern sind, daß die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährdet wird.[2] Diese Vorschriften sind als Generalklauseln einer stetig wachsenden Anzahl bauordnungsrechtlicher Spezialbestimmungen vorangestellt, die ihrerseits durch Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften und technische Baubestimmungen ergänzt werden. Wie in anderen Verwaltungsbereichen, so ist auch im Bauordnungsrecht ein Zug zu detaillierteren Einzelregelungen, zu immer weitergehender Spezialisierung der gesetzlichen Bestimmungen zu erkennen. Die allgemeine und generelle Klausel in den §§ 3 der Bauordnungen, die früher noch Rechtsgrundlage für vielfältige Maßnahmen der Bauaufsichtsbehörden war, wird dadurch in zunehmendem Maße von den Sondervorschriften verdrängt.
Angesichts dieser Entwicklung stellt sich die Frage, welche Bedeutung der Generalklausel im Bauordnungsrecht heute noch zukommt. Diesem Problem soll in der vorliegenden Darstellung weiter nachgegangen werden. Es wird überprüft, welche dogmatisch möglichen Anwendungsbereiche für die Generalklausel heute noch bestehen. Dabei setzt sich die Abhandlung mit den in der Literatur vertretenen Meinungen auseinander, die die Generalklausel zum Teil als Generalermächtigung nach dem Muster der polizeilichen Generalklausel, zum Teil als Rahmennorm, als materielle Grundnorm, als Auslegungshilfe oder als Programmsatz ansehen. In einem Überblick über die

---

1) in der bayer. Bauordnung findet sich die entsprechende Vorschrift in Art. 3, in Niedersachsen in Art. 1 nsBO. Zur Vereinfachung soll im folgenden nur von "§3" die Rede sein, wenn nicht die BO eines bestimmten Bundeslandes angesprochen wird.

2) Zum Wortlaut der Vorschriften: vgl Anhang
§ 3 bwBO spricht im Wortlaut abweichend von "Recht und Ordnung"

Rechtsprechung wird weiter gezeigt, welche Rolle die §§ 3 der Bauordnungen derzeit in der praktischen Rechtsanwendung spielen. Die Erörterung schließt ab mit einem Formulierungsvorschlag für eine Neufassung der Generalklausel, der die rechtliche Bedeutung der Vorschrift klarer zum Ausdruck bringen soll als der derzeit geltende Wortlaut des jeweiligen § 3 LBO.

Die Abhandlung beschränkt sich auf den Kernsatz der landesrechtlichen Generalklauseln, d.h. auf die bereits erwähnte gesetzliche Wendung, wonach -verkürzt gesprochen- bauliche Anlagen die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährden dürfen. Unberücksichtigt bleiben die meist ebenfalls in den jeweiligen §§ 3 getroffenen Festsetzungen über den Verunstaltungsschutz sowie die technischen Baubestimmungen.

Im einzelnen entspricht der Wortlaut der Generalklauseln, soweit er hier von Interesse ist, in den meisten Ländern dem § 3 I 1 der Musterbauordnung, der lautet:

> "Bauliche Anlagen sind so zu entwerfen, anzuordnen, zu errichten, zu ändern und zu unterhalten, daß die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere Leben oder Gesundheit, nicht gefährdet werden."

In einigen Landesbauordnungen hat die Formulierung der Musterbauordnung allerdings unterschiedliche Änderungen und Ergänzungen erfahren. Sie sollen an dieser Stelle bereits aufgezeigt und im Überblick den rechtlichen Erörterungen vorangestellt werden:

Baden-Württemberg: § 3 I 1 bwBO entspricht inhaltlich dem § 3 I 1 MBauO. Er wird erweitert durch Abs. 2:

> "Für die ... anderen Anlagen und Einrichtungen ...gilt Absatz 1 entsprechend."

Hamburg: § 3 I 1 hbgBO lautet:

"Bauliche Anlagen sind so anzuordnen, zu errichten und zu unterhalten, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere Leben und Gesundheit, nicht gefährdet werden und keine unzumutbaren Belästigungen entstehen;"

Hessen: einen ähnlichen Zusatz wie die hbgBO weist §3 I 1 hBO auf:

"Bauliche Anlagen sind so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und zu unterhalten, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht, auch nicht durch unzumutbare Nachteile und Belästigungen, gefährdet wird."

Niedersachsen: In § 1 I nsBO heißt es:

"Bauliche Anlagen müssen so angeordnet, beschaffen und für ihre Benutzung geeignet sein, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht gefährdet wird. Besonders dürfen Leben oder Gesundheit nicht bedroht werden. Unzumutbare Belästigungen oder unzumutbare Verkehrsbehinderungen dürfen nicht entstehen."

Eine weitere Besonderheit findet sich in Abs. 2:

"Bauliche Anlagen müssen den allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse entsprechen. Dazu gehört auch die Rücksicht auf Behinderte, alte Menschen, Kinder und Mütter mit Kleinkindern."

Rheinland-Pfalz: § 3 rhpfBO entspricht dem § 3 MustBO.

Darüber hinaus stellt § 4 rhpfBO weitere allgemeine Anforderungen an bauliche Anlagen:

"Bei der Anordnung, Errichtung, Instandhaltung, Änderung und Benutzungsänderung baulicher Anlagen sind die besonderen Belange der Familien, der Kinder, der Behinderten und der alten Menschen zu berücksichtigen."

II Geschichtliche Entwicklung der Baupolizei

Die Sorge für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, wie sie in den §§ 3 der Bauordnungen angesprochen wird, ist nach heute herrschender Lehre materielle Aufgabe der Polizei. Sie wird mit dem Begriff der "Gefahrenabwehr" umschrieben.
Durch die Bezugnahme auf die polizeilichen Schutzgüter "öffentliche Sicherheit und Ordnung" in den jeweiligen §§ 3 der Bauordnungen weist sich das Bauordnungsrecht traditionsgemäß als Sonderbereich des materiellen Polizeirechts, und damit als Teil des allgemeinen Sicherheits- bzw. Ordnungsrechts aus. Diese rechtstheoretische Einordnung sowie der klassische Gesetzesaufbau der Bauordnungen nach dem Muster der neueren Polizeigesetze erklärt sich aus der historischen Entwicklung des Polizei- und Baurechts. Hierauf soll zum tieferen Verständnis kurz eingegangen werden.

1. Vorabsolutismus

In den vorabsolutistischen Ordnungen war eine zentrale öffentliche Verwaltung des Bauwesens noch nicht erkennbar. Jeder konnte grundsätzlich frei bauen, soweit er über Grund und Boden verfügte.
Wo die Baudichte zunahm, insbesondere in den Städten, gab es jedoch schon bald örtliche Regelungen, in denen die Baufreiheit des Einzelnen zugunsten der Allgemeinheit beschränkt wurde.

So hatte zB. das Recht zum Bauen in der Stadt bereits um 1300 nur der Bürger. Da das Bürgerrecht nur dem verliehen wurde, der Grundbesitz hatte, war sichergestellt, daß nur der baute, der ständig in der Stadt wohnte und auch zu den Lasten des Gemeinwesens herangezogen werden konnte.[1] Über die Baugestaltung gab es nur vereinzelte Vorschriften. Zum Teil wurde auf den Sachsenspiegel von 1224 [2] zurückgegriffen, der sich auf diese Weise noch jahrhundertelang nach seiner Abfassung stabilisierend auf das Bauwesen auswirkte. In dieser ersten schriftlichen Sammlung des überlieferten Gewohnheitsrechts finden sich Vorschriften über die Anzahl der Stockwerke (III, 66 § 3: 3 Stockwerke, Türe im untersten, kniehoch über der Erde), die Höhe von Einzäunungen (III, 66 § 3: Höhe von Roß und Reiter), die Traufordnung (II, 49 § 1: keine Traufe zum Nachbargrundstück), den Brandschutz (§ 2; Abdecken des Backofens) und den Bauwich (Backofen, Abtritt, Schweinekoben je 3 Fuß vom Zaun).

---

1) vgl Buff, Bauordnung im Wandel S. 29

2) "Der Sachsenspiegel", aus dem Lateinischen übersetzt 1221 - 1224 von Eike v. Repgow

Daneben wurden auch örtliche Vorschriften zur Baugestaltung insbesondere zum Nachbarrecht erlassen.

Diese Regelungen sollten rechtlich wie zahlreiche andere Einzelverordnungen dazu beitragen, die "gute Ordnung" im Gemeinwesen zu erhalten. Man bezeichnete diesen Zustand der Ruhe und Ordnung bis zum Ende des 17. Jahrhunderts mit dem Begriff "Polizey". Er erstreckte sich auf alle Lebensbereiche, somit auch auf das Bauwesen, ohne zwischen öffentlichem und privatem Recht nach unserem heutigen Verständnis zu unterscheiden. Auch schuldrechtliche Verhältnisse wie Ehe- und Erbrecht fielen darunter.[1)]

2. Polizeistaat des Absolutismus

Mit dem Ende des 17. und dem Beginn des 18. Jahrhunderts, im absolutistischen Fürstenstaat, bildete sich das Berufsbeamtentum heraus. Damit waren die organisatorischen und politischen Voraussetzungen für die Institutionalisierung einer zentralen, obrigkeitlichen Verwaltung geschaffen.

Die gesamte innere Verwaltung, wozu auch die Sorge um das Bauwesen gehörte, wurde den sog. "Polizeibehörden" übertragen. Damit war zum einen der Begriff der Polizei im formellen Sinne, d.h. als Benennung einer Behörde entstanden. Daneben entwickelte sich der sog. materielle Polizeibegriff zur Bezeichnung der Tätigkeit dieser Behörden. Ihr Aufgabenbereich war auf polizeiliche Zwecke beschränkt.[2)]

---

1) G.K. Schmelzeisen: Polizeiordnung und Privatrecht 1955 S.

2) Drews/Wacke/Vogel/Martens II § 1 Ziff. 2

Die Polizei hatte jedoch damals wesentlich weitergehende Kompetenzen als die heutigen Behörden der inneren Verwaltung. Nach unserem derzeitigen Staatsverständnis, das vom System der Gewaltenteilung geprägt ist, wird der Verwaltungsbereich allein zur Exekutive gerechnet. W. Jellinek[1] definiert für den gegenwärtigen Rechtszustand die Verwaltung als "Tätigkeit des Staates oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt außerhalb von Rechtssetzung und Rechtsprechung". Die "Staatsverwaltung" im absolutistischen Staatsgefüge deckte demgegenüber einen wesentlich umfassenderen Herrschaftsbereich ab. Die Polizeibehörden übten die vom jeweiligen Landesherrn abgeleitete, praktisch unumschränkte Anordnungs- und Zwangsgewalt, das sog. "ius policiae" aus.[2] Dies vereinigte - mit den Termini der späteren Staatstheorien - Legislativ- und Exekutivgewalt in einer Hand. In der Polizeigewalt spiegelte sich somit der absolute Herrschaftsanspruch über die Untertanen wider. Das Staatssystem jener Epoche wird daher auch als "Polizeistaat" bezeichnet. Aus der Kompetenz der Polizeibehörden ausgeklammert und besonderen Fachbehörden zugewiesen waren nur die Bereiche der Diplomatie, des Heerwesens, der Finanzen und der Justiz.

Darüberhinaus waren die Polizeibehörden als Verwaltungsbehörden nicht nur für die sog. Gefahrenabwehr, also die öffentliche Sicherheit und Ordnung zuständig, sondern auch für das private Wohl und die Glückseligkeit[3] der Untertanen.

---

1) Verwaltungsrecht S. 6, 3.Aufl. 1931 Neudruck 1966

2) Wolff/Bachof III § 121 I

3) Johan Jakob Moser, "Von der Landeshoheit in Polizeysachen", 1773

Das äußerte sich zB. in der Wirtschaftslenkung, der Regelung aller Verhältnisse in Familie und Hausstand, der Sorge für das Armenwesen, für den rechten Glauben und die ethischen und kulturellen Interessen. Diese beiden unterschiedslos den Polizeibehörden obliegenden Aufgaben - die Sorgen für die öffentliche Sicherheit und für das private Wohl - bezeichnete man mit den Begriffen der "Sicherheitspolizei" und der "Wohlfahrtspolizei" [1]. Die sicherheitspolizeiliche Aufgabe bestand darin, die vorhandenen Rechtsgüter zu schützen, der Wohlfahrtspolizei ging es um die Entwicklung und Förderung neuer geistiger und materieller Werte. Während aber unter der Geltung des Grundgesetzes der "Wohlfahrts"staat weitgehend als positive Errungenschaft angesehen wird, stellte die Sorge um die Wohlfahrt der Bürger im Polizeistaat des absolutistischen Zeitalters nur den Deckmantel für die Kontrolle und Beherrschung der Untertanen in fast allen Lebensbereichen dar.[2]

Auch die Bautätigkeit der Bürger wurde im absolutistischen Staat weitgehend reglementiert. Gegen Ende des 18. Jahrhunderts war von dem vorabsolutistischen Grundsatz der Baufreiheit, die nur dem Allgemeinwohl verpflichtet war, so gut wie nichts mehr zu spüren.[3] Allgemeine gesetzliche Bauordnungen gab es noch nicht. Die Bautätigkeit wurde durch Polizeianordnungen im Einzelfall sowie durch temporäre Polizeiverordnungen beschränkt, was bald zu einer verwirrenden Vielfalt der gesetzlichen Grundlagen führte.

---

1) Nachweise bei Badura "Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaats", 1967 S. 32

2) Götz, Allgemeines Polizeirecht § 1 I (2)

3) Buff, a.a.O. S. 41; Badura, a.a.O. S. 32

Zur gleichen Zeit entstanden prachtvolle Repräsentativbauten der Fürsten. Hier traten die Herrscher selbst als Bauherrn auf und setzten sich, soweit erforderlich, über jegliche Grundsätze der Bau- und Bodenordnung hinweg.[1)]

3. Aufklärung und nachlandrechtlicher Polizeistaat

Mit den Ideen der Aufklärung, dem Erwachen staatsbürgerlichen Bewußtseins in Deutschland, blieb auch der umfassende Polizeibegriff nicht unangefochten.[2)] Johann S. Pütter[3)] forderte in den "Institutiones Iuris Publici Germanici": Aufgabe der Polizei sei nur die Sorge für die Abwendung bevorstehender Gefahren, die Wohlfahrt zu fördern sei nicht eigentlich Aufgabe der Polizei. Karl Gottlieb Svarez (1746 - 1798) übernahm diesen Polizeibegriff in das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 (ALR), wo es in § 10 II 17 heißt:

> "Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizey."

---

1) Buff, a.a.O. S. 37

2) K.Vogel, FS für Wacke "Über die Herkunft des Polizeirechts aus der liberalen Staatstheorie" 1972, S. 375 ff

3) Johann Stephan Pütter, Institutiones Iuris Publici Germanici, 1770 Cap. III § 331, 6.Aufl. 1802

Dieser eingeschränkte Polizeibegriff kam auch für die Baupolizei zum Tragen. Im ALR wurden zum erstenmal einheitliche Regelungen bezüglich des Nachbar- und Eigentumsrechts beim Bauen getroffen. Grundlegender Ausgangspunkt war das Recht auf Baufreiheit. Dieses Recht war allerdings eingeschränkt:

> ---"es soll zum Schaden ... des gemeinen Wesens ... kein Bau und keine Veränderung vorgenommen werden.-"[1)]

Entscheidende Faktoren zur Begrenzung der Baufreiheit waren Gefahrenabwehr, Schutz der Öffentlichkeit, Sorge um das Allgemeinwohl und das Wohl der Nachbarn. Das äußerte sich zB. in Vorschriften über Brandmauern, notwendige Fenster, Abstandsflächen (§§ 137 ff I 8, 125 I 8, 142 I 8) und Entfernungen von Aufschüttungen vom Nachbargrundstück (§ 185 I 8). Entsprechend dem Polizeiverständnis des ALR wurden keine Regelungen mit reinem Wohlfahrtscharakter getroffen. Ebenso fehlten städtebauliche Aspekte noch völlig.

Der neue Polizeibegriff gewann zunächst keine Bedeutung. Die liberalen Tendenzen des ALR wurden überrollt von der Reaktionsbewegung gegen die Ideen der französischen Revolution. In Preußen lebte der sog. nachlandrechtliche Polizeistaat auf. Im Jahre 1808 stellte die preußische "Verordnung wegen verbesserter Einrichtungen der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden" klar, daß "in Wahrung der Polizeigewalt" auch zur Wahrung und Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt gehandelt werden könne.[2)]

---

1) "Allg. Landrecht für die Preuß.Staaten" vom 1. Juni 1794, § 66 I 8

2) Götz, Allg. PolR § 1 I S. 13

Das wirkte sich im Bereich des Bauwesens zB. dahingehend aus, daß man versuchte mittels baupolizeilicher Anordnungen auf die Nutzung von Gebäuden und ihre äußere Gestaltung Einfluß zu nehmen. Das Bewußtsein, auf dieser Grundlage auch die sozialen, gesundheitlichen und humanitären Aspekte des Wohnungsbaus, insbesondere des Mietwohnungsbaus, zu fördern, war allerdings noch nicht erwacht.

Die Rechtsgrundlagen für baupolizeiliche Eingriffe waren zu der Zeit vielfach zersplittert. Mit der preußischen Städteordnung von 1808 wurde im Rahmen der Stein'schen Reformbewegungen das Bauwesen der Selbstverwaltung der Städte überantwortet. Infolgedessen waren bis zur Reichsgründung im Jahre 1871 allein in Preußen etwa 300 Bauordnungen entstanden.[1] Ähnliche Bedingungen herrschten in den anderen Ländern.

4. Bürgerlicher Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts

Im Laufe des 19. Jahrhunderts setzte sich allmählich der liberale bürgerliche Rechtsstaat durch.[2] Damit ging erneut die Verengung des materiellen Polizeibegriffs einher. Die Entwicklung eines solchermaßen rechtsstaatlichen Polizeibegriffs wurde in Preußen weitgehend von der Rechtsprechung, in den süddeutschen Staaten durch die Gesetzgebung beeinflußt.
Wegweisend war das bekannte "Kreuzberg-Erkenntnis" des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 13.6.1882.[3] In dem Rechtsstreit stand die Wirk-

---

1) Buff a.a.O. S. 50

2) Wolff/Bachof III § 121 III, Wolff I § 9

3) PrOVGE 9,353

samkeit einer Polizeiverordnung des Berliner Polizeipräsidiums in Frage, die das Nationaldenkmal auf dem Kreuzberg in Berlin betraf. Danach sollten in der Umgebung des Denkmals Gebäude nur in solcher Höhe erstellt werden, daß die Aussicht von dem Fuße des Denkmals auf die Stadt nicht behindert und umgekehrt die Ansicht des Denkmals nicht beeinträchtigt würde. Das OVG erklärte die Polizeiverordnung für ungültig, da der Eingriff wohlfahrtsrechtlicher Natur sei. Allgemeine gesetzliche Ermächtigung für polizeiliche Verfügungen sei § 10 II 17 ALR als geltendes Recht. Diese Vorschrift biete keine Handhabe für wohlfahrtsrechtliche Zwangsmaßnahmen.
Das Urteil hatte aber nicht die Bedeutung, die Staatsgewalt gänzlich aus der "Wohlfahrtspflicht" zu verdrängen. Es wäre ein Mißverständnis, wenn man im Kreuzberg-Urteil die Selbstbeschränkung des liberalen Staates und den Rückzug von der aktiven Sozialgestaltung erblicken wollte. Begrenzt wurde lediglich das Recht der Polizeiexekutive, ohne besondere gesetzliche Grundlage Anordnungen zu treffen.[1] Konsequenz des Urteils war also, daß für Zwecke der Wohlfahrt eigene spezialgesetzliche Rechtsgrundlagen geschaffen werden mußten. Auf dem Gebiet des Baurechts geschah dies mit den preußischen Gesetzen gegen Verunstaltungen von 1902 und 1907.[2]

---

1) Götz, Allg. PolR S. 14

2) Gesetz gegen die Verunstaltung landschaftlich hervorragender Gegenden v. 2. Juni 1902 (GS S.159); Gesetz gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragender Gegenden v. 15. Juni 1907 (GS S.260); vgl. C. Baltz, Baupolizeirecht, S. 4

In den Süddeutschen Staaten ergingen Polizeistrafgesetzbücher, die entweder General- oder Spezialermächtigungen zum Erlaß polizeilicher Verfügungen enthielten. Entsprechend dem preußischen Recht ging man von einer eingeschränkten Auslegung der polizeilichen Aufgaben im Sinne der Gefahrenabwehr aus.

Während politisch die Einschränkung der polizeilichen Befugnisse einen Zuwachs an Rechtsstaatlichkeit bedeuteten, begünstigte die allgemeine Liberalisierung im Bereich der Bautätigkeit erhebliche Mißstände.
Das Erwachen bürgerlicher Freiheiten führte unter anderem mit der Einführung der Gewerbefreiheit [1] zu einer Stärkung unternehmerischer Initiativen. Während einerseits der erhöhte Bedarf an Arbeitskräften in den Städten zu einem Zuzug von immer mehr Menschen führte, wurde andererseits in erhöhtem Maße das Grundeigentum als Wirtschaftsfaktor eingesetzt. In vielen Städten wurde hart um eine intensivere und gewinnorientiertere Grundstücksausnutzung mit den Baupolizeibehörden gekämpft.[2] Es entstanden vielgeschoßige Mietshäuser mit lichtlosen Hinterhöfen und Kellerwohnungen. Selbst dort, wo man begann die sozioökonomischen Probleme dieser Entwicklung zu sehen, konnte man mit den bestehenden, zersplitterten Bauordnungen keine Abhilfe schaffen, da sie vielfach ohne Zielvorstellung waren oder einseitig von den Interessen einflußreicher Privatpersonen des Ortes geprägt waren.

---

1) Gewerbeordnung für Preußen v. 21. Juni 1869
2) Buff, a.a.O. S. 51

In einigen Ländern wurden zwar Anfang des 20. Jahrhunderts einheitliche Bauordnungen erlassen [1]. Diese Gesetze waren aber sehr allgemein gehalten und stellten zum Teil nur eine rechtliche Grundlage für den Erlaß örtlicher Regelungen dar, so daß den Mißständen, die gerade durch fehlende oder am Privatinteresse orientierte Ortsvorschriften entstanden waren, nicht entgegengewirkt werden konnte.

5. Weimarer Republik

Die Verwaltungsrechtslehre unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919 hielt an den im 19. Jahrhundert entwickelten Vorstellungen über die Polizeigewalt sowie an dem eingeschränkten materiellen Polizeibegriff fest. Nach Art. 9 WRV stand dem Reich, "soweit das Bedürfnis vorhanden ist", die Gesetzgebungskompetenz für 1. die Wohlfahrtspflege und 2. den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu. Von dieser Bedarfszuständigkeit wurde kein Gebrauch gemacht, so daß die Regelung des gesamten Polizeirechts weiterhin in der Hand der Länder lag.[2]

---

1) Verordnung die Bauordnung für Bayern betreffend (17.2.1901), Allgem. Bauordnung für Hessen (7.8.1902), Bauordnung für Anhalt (10.6.1905), Bauordnung für die Stadt Bremen und Landgeb. (21.10.1906), Badische Bauordnung (1.9.1907), Landesbauordnung für Württemberg (28.6.1910), Allg. Baugesetz für Sachsen (1.7.1910)

2) Drews/Wacke/Vogel/Martens II § 1 Ziff 4, S. 7

Als Teil des allgemeinen Polizeirechts blieb auch die Baupolizei in der Rechtssphäre der Länder. Auf diesem Gebiet war es etwa seit der Jahrhundertwende zu Vereinheitlichungstendenzen gekommen. Die insbesondere in den Städten aufgetretenen baulichen Fehlentwicklungen hatten die Notwendigkeit einer wenigstens landeseinheitlichen Neuordnung des Bauwesens aufgezeigt.

In Preußen erging am 25.4.1919 die Einheitsbauordnung für die Städte und Orte mit stadtartiger Entwicklung (EBO). Sie hatte keine unmittelbare Rechtsgeltung, sondern stellte lediglich einen Entwurf für die einzelnen von den Baupolizeibehörden zu erlassenden Regierungs- und Ortspolizeibauordnungen dar.[1] Neben den traditionellen Anliegen der bauordnungsrechtlichen Bestimmungen, dem Feuerschutz, der Stand- und Verkehrssicherheit von Bauwerken sprach die EBO auch die ästhetischen Belange an und verlangte, daß bauliche Anlagen die einheitliche Gestaltung des Straßenbildes nicht stören dürften. Neue Akzente werden gesetzt mit den Bestimmungen über die Gestaltung von Räumen, die zum dauernden Aufenthalt von Menschen bestimmt waren. Erstmalig wurden in ein Gesetz Minimalforderungen hinsichtlich der Belichtung und Besonnung von Wohnräumen aufgenommen. Ähnlich verlief die Entwicklung in den anderen deutschen Ländern.[2]

---

1) Durch einen vorgeschalteten Erlaß wurde festgelegt, daß die EBO in allen wesentlichen Bestimmungen wortwörtlich von den Ortsvorschriften übernommen werden müsse. Diese Rezeption sollte aber noch bis zu 14 Jahre in Anspruch nehmen.
Vgl. auch Buff, a.a.O. S. 74

2) Zur bayrischen Entwicklung: Koch-Molodovsky, Kommentar zur BayBO, Einführung Ziff. 1.; Weinisch/Wambsganz/Baumgartner/Wiebel, Kommentar zur BayBO, Einführung Ziff. 1

In die gleiche Zeit fallen Kodifizierungsbestrebungen im allgemeinen Polizeirecht. In einigen Ländern ergingen Polizeiverwaltungsgesetze, so zB. in Thüringen (LVO v. 10.6.1916), Mecklenburg-Strelitz (PVG v. 8.3.1939), Lippe-Detmold (PVG v. 4.4.1930) und Preußen (PVG v. 1.6.1931), in denen im wesentlichen die vom PrOVG seit dem Kreuzberg-Urteil entwickelten rechtsstaatlichen Polizeirechtsgrundsätze niedergelegt wurden.

6. Nationalsozialismus

In der Zeit des Nationalsozialismus brach die rechtsstaatliche Entwicklung des Polizeirechts in Deutschland ab.[1)]

Auf dem Gebiet des Baurechts plante die Reichsregierung, die unterschiedlichen Regelungen der Länder durch ein einheitliches, umfassendes neues Baurecht zu ersetzen. In den Jahren 1939 - 1942 wurde der Entwurf eines Deutschen Baugesetzbuchs erarbeitet. Zu einer Realisierung dieses Gesetzes sollte es infolge der politischen Ereignisse nicht mehr kommen.
Es ergingen lediglich einige baupolizeiliche Verordnungen des Reichsarbeitsministers.[2)]
Von 1939 bis 1948 ruhte praktisch die normale Bautätigkeit in Deutschland und infolgedessen auch die Weiterentwicklung des Baurechts.

---

1) Drews/Wacke/Vogel/Martens II § 1 Ziff 5 S. 10

2) zB. VO über die Zulässigkeit befristeter Bausperren vom 29.10.1936 (RGBl I S.933), VO über den Abbruch von Gebäuden vom 3.4.1937 (RGBl I S.440), VO über baupolizeiliche Maßnahmen zur Einsparung von Baustoffen vom 30.6.1937 (RGBl I S.728), VO über die allgemeine baupolizeiliche Zulassung neuer Baustoffe und Bauarten vom 8.11.1937 (RGBl I S.1177), VO über die Regelung der Bebauung vom 15.2.1936, VO über die Baugestaltung vom 10.11.1936, VO über die baupolizeiliche Behandlung öffentlicher Bauten vom 20.11.1938 (RGBl I S.1677) und Reichsgaragenordnung vom 17.2.1939 (RGBl I S.219)

7. Entwicklungen nach dem Zweiten Weltkrieg

Nach dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches im Jahre 1945 verfolgten die Besatzungsmächte insbesondere in der Britischen und Amerikanischen Zone das Ziel einer Dezentralisierung der Polizei und einer Entpolizeilichung der Verwaltung.
In der Britischen Besatzungszone wurde mit der Instruktion über die Reorganisation des deutschen Polizeisystems vom 25.9.1945 die Verwaltungspolizei abgeschafft und die Polizei auf Exekutivfunktionen beschränkt.[1] Ebenso wurden in der Amerikanischen Besatzungszone spezialisierte Verwaltungsaufgaben, wie zB. Gewerbe-, Bau-, Lebensmittel- und Gesundheitsüberwachung sowie sonstige Gefahrenabwehraufgaben, die nicht den Einsatz der Polizeiexekutive erforderten, aus dem Polizeibegriff ausgegliedert. Damit war der Weg frei zu einer fachorientierten spezialisierten inneren Verwaltung, deren Aufgaben über die traditionell polizeiliche Gefahrenabwehr hinausgeht und die sich auch auf Vorsorge, Planung und Gestaltung erstreckt. Daß die Aufgabentrennung zwischen inneren Verwaltungsbehörden und Polizeivollzugsbehörden einer verwaltungstechnischen Notwendigkeit entsprach, zeigt die Tatsache, daß in den Ländern, die die Entpolizeilichung nicht mitvollzogen haben (Baden-Württemberg, Bremen, Rheinland-Pfalz, Saarland), zwar weiterhin die Gefahrenabwehr generell der Polizei obliegt, daß aber auch dort innerhalb der Polizeibehörden eine organisatorische Trennung in Polizeibehörden und Polizeivollzugsbehörden stattgefunden hat, die der oben beschriebenen Aufteilung in Verwaltungs- und Polizeibehörden in etwa entspricht.[2]

---

1) Götz, Allg.PolR S. 19 m.w.N.

2) Götz, Allg.PolR S. 20

Nach dem Zweiten Weltkrieg setzte die Bautätigkeit in Deutschland wieder verstärkt ein. Das alte Baurecht, das notgedrungen angewandt wurde, konnte mit der wirtschaftlichen und technischen Weiterentwicklung nicht Schritt halten. Hinzu kam, daß durch die Neugliederung Deutschlands in die Besatzungszonen in einzelnen Zonen zunächst mehrere unterschiedliche landesrechtliche Bestimmungen nebeneinander galten.

Die Versuche, ein einheitliches umfassendes Baurecht zu schaffen, scheiterten an der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen in dem inzwischen erlassenen Grundgesetz. In einem umstrittenen Gutachten stellte das BVerfG[1)] fest, daß dem Bund die Zuständigkeit für das Planungs-, Boden-, Umlegungs- und Erschließungsrecht zustehe, daß das Baupolizeirecht "im bisher gebräuchlichen Sinne" aber Teil des allgemeinen Sicherheitsrechts sei und somit weiterhin Sache der Länder.

Damit bestand erneut die Gefahr einer zumindest teilweisen Zersplitterung des Baurechts. Um dies zu verhindern, wurde durch Initiative der zuständigen Landesminister und des Bundeswohnungsbauministers eine Kommission zur Erarbeitung einer Musterbauordnung eingesetzt. Der Entwurf wurde am 30.9.1959 vorgelegt und bildete in der weiteren Entwicklung die Grundlage für die von den einzelnen Ländern erlassenen Landesbauordnungen. Eine vollständige Vereinheitlichung des Bauordnungsrechts konnte damit zwar nicht erreicht werden; denn kein Land übernahm die Musterbauordnung unverändert als Gesetz. Ebenso führten in den meisten Ländern die Erfahrungen mit dem Vollzug der Bauordnung sowie das Auftreten neuer Probleme zu unterschiedlichen Novellierungen. Dennoch besteht in allen Ländern in den Grundzügen der Bauordnungen sowie in deren wesentlichen Detailregelungen Übereinstimmung.

---

1) BVerfGE 3,407 (430 ff)

III System der Ordnungs- bzw. Sicherheitsverwaltung im Allgemeinen

Das heutige Bauordnungsrecht entwickelte sich - wie gezeigt - aus der früheren Baupolizei. Auch wenn im Rahmen der Entpolizeilichung die allgemeinen und besonderen Ordnungs- bzw. Sicherheitsbehörden institutionell weitgehend von den Polizeibehörden getrennt wurden[1], finden doch die von der Polizeirechtswissenschaft entwickelten Kategorien und Begriffe im allgemeinen und besonderen Ordnungsrecht weiterhin Anwendung.
Zentraler Begriff im Polizei- und Ordnungsrecht[2] ist die Gefahrenabwehr, d.h. die Sorge um die öffentliche Sicherheit und Ordnung[3]. Der hergebrachte Terminus der "Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung" findet sich auch am Beginn der geltenden Bauordnungen, in § 3 (vgl. oben I).

Um die Bedeutung dieser Regelung zu erfassen, sollen zunächst die einzelnen Begriffe "Gefahr", "öffentliche Sicherheit" und "öffentliche Ordnung" bestimmt sowie die Funktion der Generalklausel im allgemeinen Ordnungsrecht erörtert werden.

---

1) vgl zu den Regelungen in den einzelnen Ländern:
Wolff/Bachof III § 123 III
Rh.-Pf., Bremen, Bad-W.: Polizeivollzugsdienst - Polizeibehörde
Bay: Polizeibehörde - Sicherheitsbehörden
Hes., Nied.s., Nordrh.-W.: Polizeiverwaltung - Ordnungsverwaltung
Saarland: Polizeivollzugsbehörde - Polizeiverwaltung
Schl.-Hol.: Polizeivollzugskräfte - Ordnungsbehörden
Berl., Hamb.: Polizeibehörde - Ordnungsbehörden

2) im folgenden werden die Polizeiverwaltungs- bzw. Sicherheits- oder Ordnungsbehörden aus Vereinfachungsgründen "Ordnungsbehörden" genannt, das entsprechende Rechtsgebiet "Ordnungsrecht"

3) vgl. § 14 prPVG; § 1 brem.PG; § 1,3 hamb.SOG; § 1 nsSOG; § 1 nw OBG; § 1 rhpf PVG; § 163 schl.h LVwG; Art. 2 bayPAG, § 1 I 1 bd.w. PG, zitiert nach Kirchhoff Jus 74,649

1. Begriffe aus dem Recht der Gefahrenabwehr

1.1. Gefahrbegriff

Die Bedrohung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung muß, um polizeiliche Maßnahmen zu rechtfertigen, eine gewisse Intensität aufweisen, sie muß sich zur Gefahr verdichtet haben. Gefahr im materiell-polizeilichen Sinne liegt vor, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein polizeiliches Rechtsgut schädigen wird.[1] Unter "Schaden" wird in diesem Zusammenhang die Minderung eines bestehenden Rechtsguts verstanden.[2]

Von den ordnungsrechtlich bedeutsamen Gefahren sind nach h.M. einerseits die bloßen Belästigungen, Unbequemlichkeiten und Geschmacklosigkeiten, die keine Schädigung im genannten Sinne hervorrufen, andererseits normale Abnutzungen oder allgemeine Lebensrisiken abzugrenzen.[3]

Wie noch zu zeigen sein wird, gehen die Bauordnungen teilweise über diesen Gefahrbegriff hinaus und ziehen auch erhebliche Belästigungen in ihren Regelungsbereich mit ein.[4] Soweit dies jedoch nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt wird, gilt auch im Bauordnungsrecht der allgemeine polizeiliche Gefahrbegriff.

---

1) Wolff/Bachof III § 125 Rdnr. 18 ff; BVerwG 45,57; 47,40

2) Wolff/Bachof III § 125 Rdnr. 19 ff

3) PrOVG 72,380; 95,141; BVerwG DVBL 69,586

4) § 3 heBO, § 3 hmbBO, § 1 ndsBO

1.2. Begriff der öffentlichen Sicherheit

Eine Legaldefinition des Begriffs der öffentlichen Sicherheit existiert nicht. Die inhaltliche Festlegung wurde weitgehend von der Rechtsprechung vorgenommen, zumal es sich hierbei um einen von den Gerichten nachprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff handelt.[1] Wegweisend bei der Auslegung war die Rspr. des prOVG zu § 10 II 17 ALR.[2] Auf der Rechtspraxis des prOVG baut auch die amtliche Begründung zu § 14 prPVG[2] auf, in der es heißt:[3]

> "als Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Sinne des § 14 gilt der Schutz vor Schäden, die entweder den Bestand des Staates oder seiner Einrichtungen oder das Leben, die Gesundheit, Freiheit, Ehre oder das Vermögen des einzelnen bedrohen, sei es, daß die Gefährdung ausgeht
> a) von Ereignissen oder Zuständen in der belebten oder unbelebten Natur,
> b) von Handlungen oder Unterlassungen von Menschen, insbesondere von einem Bruch einer Norm der öffentlichen oder privaten Rechtsordnung, ..."

In Kenntnis dieser Definition wurde der Begriff der öffentlichen Sicherheit in neuere Polizeigesetze übernommen. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, daß er nicht unverändert übernommen werden sollte. Die oben im einzelnen aufgezählten polizeilichen Schutzgüter gelten daher auch heute noch als konsensfähiger Minimalgehalt der öffentlichen Sicherheit.

---

1) BGH DVBl 54,813

2) zur Bedeutung dieses Gesetzes vgl hist. Überblick II 3,4

3) zitiert nach Drews/Wacke/Vogel/Martens II S. 117

Darüberhinaus betrachtet die derzeitige Rspr. und der überwiegende Teil d. Lit. die gesamte Rechtsordnung als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit.[1] Die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit war in der Definition des prOVG noch nicht als selbständiges Schutzobjekt angesehen worden. Nur wenn durch einen Rechtsbruch der Bestand des Staates oder seiner Einrichtungen, wenn dadurch Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre oder Vermögen eines einzelnen in Gefahr kamen, wurde es als Aufgabe der Polizei angesehen, Rechtsverletzungen abzuwehren.

Nach der heute h.M. stellt die Rechtsordnung selbst einen grundlegenden Bestandteil der bestehenden Staatsordnung dar und ist somit "staatliche Einrichtung".[2] So heißt es bei Drews/Wacke/Vogel/Martens[3]:

> "In der Gesamtheit der Rechtsnormen manifestiert sich der verbindliche Wille des demokratischen Gesetzgebers und der Stellen, denen er Rechtsetzungsbefugnisse übertragen hat, zur Ordnung und Gestaltung des menschlichen Zusammenlebens im staatlichen Gemeinwesen. Die Betätigung rechtsetzender Gewalt ist Emanation der Staatsgewalt; die Rechtsnormen als ihr Ergebnis sind wesentliches Element der Staatlichkeit und selbst als staatliche Einrichtung aufzufassen. Wer eine Rechtsnorm bricht negiert den »Staatswillen«."

---

1) BayVerfGH VGH nF 4,19 ff; Wolff III § 125 II a 1; Kirchhof Jus 74,648 ff; Ule/Rasch Rdnr. 5 zu § 14 PVG

2) Wolff/Bachof III § 125 III Rdnr. 11 mwN

3) Gefahrenabwehr II S. 121

Es ginge allerdings zu weit, die Polizei auf diese Weise zur Hüterin der Gesamtrechtsordnung zu erheben. Es darf nicht aus den Augen verloren werden, daß das gesamte Polizei- und Ordnungsrecht als Teil der öffentlichen Rechtsordnung allein dem Schutz öffentlicher Interessen dient.[1] Wo dies in den Polizei- bzw. Ordnungsgesetzen nicht ausdrücklich erwähnt ist, wird das öffentliche Interesse als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal den gesetzlichen Vorschriften zugrunde gelegt.[2] So konkretisiert Schiedermair[3] die oben genannte Definition des Begriffs der öffentlichen Sicherheit[4] dahingehend, daß die Rechtsordnung nur insoweit polizeiliches Schutzobjekt sei, als es sich um Rechtsvorschriften handelt, die "zur Gewährleistung des staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens" erlassen sind.

Hierunter fallen prinzipiell alle Normen des öffentlichen Rechts. Dagegen ist der Schutz privater Rechtsverhältnisse, die nur im Privatrecht abgesichert sind, primär Aufgabe der ordentlichen Gerichtsbarkeit.[5] Die Polizei hat hier lediglich eine subsidiäre Eingriffskompetenz, soweit sonstiger staatlicher Rechtsschutz für den Bürger nicht rechtzeitig zu erlangen ist. Für diesen Fall ist allerdings polizeiliches Vorgehen gerechtfertigt, denn die Funktionsfähigkeit staatlicher Ordnungsfaktoren - wie zB. Rechts- und Gerichtsschutz - stellen ein Schutzgut im öffentlichen Interesse dar. Fehlt eine soziale Ordnungsmacht, besteht

---

1) so ausdrücklich § 1 I bwPG

2) zT schwierige Abgrenzungsprobleme bei der Frage, inwieweit der Schutz von Individualrechtsgütern im allg. Interesse geboten ist

3) Einführung in das Bayr. Polizeirecht § 6 I 1

4) vgl oben Seite - 21 - Fußnote 3)

5) Götz, Allg. PolR, § 3 1 (2) (a) und (3); vgl zum Schutz der Individualrechte Martens DÖV 76,457 (460) Frotscher, DVBl 76,695 (698f)

die Gefahr, daß Selbstjustiz aufkommt, und hierdurch würde wiederum die staatliche Ordnung beeinträchtigt.

1.3. Begriff der öffentlichen Ordnung

Neben der öffentlichen Sicherheit ist die öffentliche Ordnung als polizeiliches Schutzgut normiert. Der Begriff der öffentlichen Ordnung ist ebenfalls nicht gesetzlich definiert.

Nach der Begründung zum MEPolG A 3.12 [1] bedeutet öffentliche Ordnung

> "die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Auffassungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Miteinander der Menschen angesehen wird."[2]

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof[3] betont stärker das inzident im gesamten Polizeirecht enthaltene Merkmal des öffentlichen Interesses, indem er die oben genannte Begriffsbestimmung erweitert auf

> "die Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung ..." usw (wie oben).

Sachlich besteht hier aber kein Unterschied.

---

1) Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder 1976, abgedruckt bei Heise, Musterentw. eines einheitl. Polizeigesetzes

2) so inhaltlich übereinstimmend auch die amtl. Begründung zu § 14 prPVG

3) VGH nF 4,205

Wichtigstes Abgrenzungsmerkmal zur öffentlichen Sicherheit ist, daß sich die öffentliche Ordnung ausschließlich auf ungeschriebene Normen bezieht[1]. Die maßgeblichen sozialen und ethischen Wertvorstellungen, die in ihrer Gesamtheit die öffentliche Ordnung bilden, sind nach den jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnissen zu bestimmen. Sie sind nicht statisch, sondern variieren im Laufe der Zeit und gegebenenfalls auch von Ort zu Ort.

Gerade wegen der Bezugnahme auf ungeschriebene soziale Wertvorstellungen wird der Begriff der öffentlichen Ordnung in jüngster Zeit heftig kritisiert, für überflüssig und sogar verfassungswidrig gehalten.[2] So möchte Götz den Ordnungsbegriff ganz aufgeben. Nach seiner Ansicht ist die "Etablierung von Gemeinschaftswerten" ein politischer Akt, der nur auf dem Weg der parlamentarischen Gesetzgebung vollzogen werden könne. Durch polizeiliches Verwaltungshandeln könne die Umsetzung in bindendes Recht jedenfalls nicht erfolgen, der Ordnungsbegriff verstoße somit gegen das Rechtsstaatsprinzip.

---

1) einige Anwendungsfälle aus der Geschichte des Polizeirechts:
Aufführung von Theaterstücken oder Vertrieb von Büchern mit Aussagen, die das sittliche oder vaterländische Empfinden verletzen oder die staatliche Ordnung gefährden; öffentliche Vorträge über Aufklärung; ärgerniserregendes Zusammenleben in Konkubinat; Damenboxkämpfe u.ä.
Zahlreiche Beispiele mit Nachweisen bei Erbel DVBl 72,476
Die genannten Fälle müßten heute wegen gewandelter sozialer Anschauungen wohl anders entschieden werden.

2) Götz Allg. PolR S. 44 ff;
Denninger, Polizei in der freiheitl. Demokratie, in: Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat, S. 102
Achterberg, Öff. Ordnung im pluralist. Staat, FS für Scupin, S. 9 ff
Erbel, DVBl 72,475 mwN

Denninger[1] befürchtet, daß mit der Durchsetzung von "herrschenden Anschauungen" die Wertvorstellungen von Minderheitsgruppen unterdrückt würden. Weiterhin wird von Götz die Realisierbarkeit der polizeilichen Ordnungsfunktion bestritten. Um die Auffassung der überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung festzustellen, müßten demoskopische Umfragen angestellt werden, was in der Praxis unmöglich sei.
Weitere Stimmen berufen sich darauf, daß die Beachtung ungeschriebener Normen angesichts des immer stärkeren Vordringens staatlicher Gesetzgebung in so gut wie alle Lebensbereiche nicht mehr erforderlich sei.[2]

Die absolut h.M. in Wissenschaft[3] und Rechtsprechung[4] hält jedoch trotz dieser Kritik an der Legitimität und praktischen Notwendigkeit des polizeilichen Ordnungsbegriff fest. Ihr ist auch zu folgen.

Wie Erbel überzeugend darlegt,[5] verbietet das Grundgesetz die Anerkennung von Sozialnormen in der Rechtspraxis nicht. Art. 2 I GG stellt ausdrücklich das Sittengesetz, also nicht kodifizierte Wertvorstellungen, als

---

1) a.a.O. S. 110 ff, 115

2) so Achterberg, Götz, Erbel, vgl vorige S. Fußnote 2)

3) Drews/Wacke/Vogel/Martens II S. 130 f mwN;
Wolff/Bachof III § 125 Rdnr. 12 mwN

4) Überblick bis 1970 bei Merk, Dt. VerwR 2. Bd, S. 1071
BVerwG und BVerfG haben bisher den Begriff der öffentl. Ordnung, soweit er in ihren Entscheidungen auftauchte, nie beanstandet, vgl zB. BVerfGE 8,149 f; 28,146 ff; BVerwGE 17,182; 26,135 ff; 26,161 ff

5) DVBl 72,478 f

Schranke der individuellen Freiheit auf.[1)]
Im übrigen verwendet das GG selbst den Begriff der öffentlichen Ordnung in Art. 13 III, 35 II. Da der Verfassungsgeber die traditionelle Definition des Ordnungsbegriffs bei Erlaß des GG kannte, muß - mangels anderer Anhaltspunkte - davon ausgegangen werden, daß dieser in der überlieferten Bedeutung übernommen wurde.[2)]
Auch der Schutz von Minderheiten ist nicht in Gefahr. Er wird bereits dadurch gewährleistet, daß die Verwaltung bei der Berücksichtigung von sozialen Wertvorstellungen im Rahmen des Ordnungsbegriffs an grundrechtliche Gewährleistungen gebunden ist, die auch und gerade einen Minderheitenschutz verbürgen sollen.
Unbegründet ist die Kritik an den Erfassungsmethoden für die herrschenden Anschauungen. Im Ordnungsgefüge der Bundesrepublik ist die Verweisung des Rechtsanwenders auf soziale Wertvorstellungen verbreitet. Erwähnt werden sollen Rechtsbegriffe wie "Treu und Glauben",[3)] "Verkehrssitte",[4)] "Handelsbrauch"[5)] oder "Gute Sitten"[6)]. Auch diese Begriffe haben sich in der Praxis als realisierbar erwiesen. Sie sind durch ihre Flexibilität besonders geeignet, rechtliche Anforderungen an die sozialen Veränderungen anzupassen.

Richtig ist allerdings, daß mit dem Vordringen der Spezialgesetzgebung und der Liberalisierung moralischer Auffassungen der Ordnungsbegriff immer substanzärmer wird.[7)]

---

1) Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum GG, Art 2 Rdnr 16

2) Maunz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O., Art. 13 Rdnr 20

3) zB §§ 157,242 BGB

4) zB §§ 157,242 BGB

5) zB § 394 HGB

6) zB §§ 138, 817, 826 BGB

7) vgl die ausführliche Zusammenstellung bei Götz, Allg. PolR S 47 ff

Dies zwingt aber nicht zur Aufgabe des Begriffs. Er erfüllt weiterhin eine notwendige Auffangfunktion. Auch wenn das Gebiet der Gefahrenabwehr so gut wie umfassend gesetzlich geregelt ist, sind unvorhergesehene soziale Störungen denkbar und wahrscheinlich.
Da die Gesetzgebung hierauf immer nur im nachhinein reagieren kann, bedarf es einer allgemeinen Rechtsgrundlage für den ersten Zugriff der Polizei- und Ordnungsbehörden, um die Sozialordnung aufrechtzuerhalten.[1)]

Für die Vergangenheit sei in diesem Zusammenhang an den Schutz vor Lärm und anderen Immissionen erinnert. Vor Erlaß von Lärmschutzverordnungen sowie des BImSchG konnte, soweit die Immissionsbelastung zwar die Grenze zur Eigentums- oder Gesundheitsverletzung noch nicht erreicht, aber das zumutbare Maß überschritten hatte, als Rechtsgrundlage für behördliche Maßnahmen nur die polizeiliche Ordnungsklausel herangezogen werden.[2)]
Im Bereich der Lärmbekämpfung spielte so der Ordnungsbegriff gerade auch für das Bauordnungsrecht eine beachtliche Rolle.

---

1) vgl Erbel DVBl 72,481; Wolff/Bachof III § 125 II c Rdnr 13

2) HessVGH ESVGH 10,152; 18,147(151)

2. Generalklausel und Spezialermächtigung

2.1. Bedeutung der Generalklausel

2.1.1. Begriff

Das ALR stellte zum erstenmal eine rechtsstaatliche gesetzliche Grundlage für das Eingreifen der Polizeibehörden iwS auf.[1] Gesetzestechnisch wurde mit § 10 II 17 ALR eine Generalklausel geschaffen, die das "Amt der Polizei" beschrieb. Es heißt dort, die Polizei solle die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit, Ruhe und Ordnung treffen.

Unter einer Generalklausel soll hier die gesetzgeberische Methode verstanden werden, bei der durch eine allgemeine Formulierung möglichst viele Tatbestände erfaßt und einer bestimmten Rechtsfolge zugeführt werden.[2] Der Gegenbegriff wäre eine kasuistische Tatbestandsbildung, bei der alle denkbaren unterschiedlichen Sachverhaltsgestaltungen, die eine konkrete Rechtsfolge nach sich ziehen sollen, einzeln aufgezählt werden.

In der Rechtslehre herrscht Einigkeit, daß § 10 II 17 ALR sowie die darauf aufbauenden Rechtssätze späterer Polizeigesetze eine Generalklausel im oben genannten Sinne darstellen.[3]

---

1) vgl oben II 3

2) vgl Creifelds, Rechtswörterbuch, Stichwort "Generalklausel"

3) Drews/Wacke/Vogel/Martens II § 4; Wolff III § 125 I mwN

Dogmatische Differenzen, die in anderen Beziehungen verschiedentlich bei der terminologischen Abgrenzung von Begriffen wie Generalklausel, unbestimmter Rechtsbegriff, Ermessen usw auftauchen,[1] können daher im Zusammenhang mit der polizeilichen Generalklausel unerörtert bleiben.

2.1.2. Wirkungsweise

Die Bedeutung der "Generalklauseltechnik" liegt darin, daß die Gesetze von der Aufzählung detaillierter Merkmale entlastet werden und damit größtmögliche Übersichtlichkeit und Kürze der gesetzlichen Normen erreicht werden kann.[2]
Während bei einer kasuistischen Tatbestandsfassung die Gefahr besteht, daß ein Lebenssachverhalt nur fragmentarisch und vorläufig geregelt wird, kann eine allgemeine und unbestimmtere Formulierung vom Gesetzesanwender durch Auslegung dem jeweiligen Einzelfall sowie den veränderlichen gesellschaftlichen Verhältnissen angepaßt werden.[3]

---

1) Engisch, Einführung in das juristische Denken, Kap. IV 4 S. 118;
Werner, Generalklausel und Richterrecht S. 6 mwN

2) Creifelds, a.a.O.

3) zur demokratischen Legitimation vgl Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG, S. 196 f, 212 f

Andererseits birgt eine Generalklausel auch Nachteile und Gefahren. Je allgemeiner die Formulierung, desto größer wird die Rechtsunsicherheit, desto weniger läßt sich die Verwaltungstätigkeit vorherbestimmen und kalkulieren. Darüberhinaus trägt die Verantwortung für die Auswirkungen der gesetzlichen Regelung im Einzelfall nicht mehr allein der Gesetzgeber, sie wird weitgehend auf den Rechtsanwender übertragen. Dadurch verstärkt sich die Gefahr, daß die Norm bei der praktischen Handhabung mißbräuchlich ausgehöhlt oder überspannt wird.

2.1.3. Verfassungsmäßigkeit

Wegen der oben genannten Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung wurde die polizeiliche Generalklausel im süddeutschen Raum als Grundlage für belastende Polizeieingriffe zunächst für verfassungswidrig angesehen.[1] Die Vertreter dieser Ansicht gingen davon aus, die polizeiliche Generalermächtigung widerspräche dem Prinzip der Gewaltenteilung und -kontrolle in unserer Verfassung.[2]

---

1) BayVGH VGH nF 4,19 (22); vgl auch Gintzel S. 7/8 mwN; so wohl heute noch Samper BayVBl 74,545 und F.Mayer, in Mang/Maunz/Mayer/Obermayer S. 516 hierzu auch Rupp, Grundfragen der Verwaltungsrechtslehre 1965, S. 202 Fußn. 328

2) "...eine Generalermächtigung nach Art des § 14 prPVg unvereinbar sei mit der heutigen Auffassung von Rechtsstaat und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung..." Bayr. Landtag 2. Leg.periode Tagung 1953/54 Beilage 466 S. 13 zitiert nach Bachof, Ein neues Polizeigesetz, DÖV 55,105

Die Verfassung verlangt, daß für das Eingreifen der Exekutive in die Handlungs- und Eigentumsfreiheit der Bürger eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage besteht,[1] Art 20 III GG, und es ist sicher, daß die weiten Begriffe der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" einen Unsicherheitsfaktor darstellen und zu einer gewissen Relativierung der Gesetzesgebundenheit führen.
So belegt Berner sein Urteil der Verfassungswidrigkeit u.a. damit, daß die konturlose Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe in der Generalklausel es den Machthabern in der nationalsozialistischen Vergangenheit erleichterte, ihre Auffassungen zum Leitbild der Verwaltungstätigkeit zu machen. Da die "öffentliche Ordnung" nach der herrschenden Interpretation der Gerichte als Inbegriff der sozialen Normen galt (und gilt), deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Miteinanderleben angesehen wird, habe es genügt in der Gesetzesanwendung die nationalsozialistischen Vorstellungen als Mehrheitsmeinung auszugeben, um dem Vorgehen auch noch den Anschein der Rechtsstaatlichkeit zu bewahren. Doch die Aushöhlungsgefahr allein kann noch nicht ausreichen, um die Verfassungswidrigkeit einer Norm zu begründen.[2]

---

1) K.Vogel VVDStRL 24,147 ff
Die Funktion der Gefahrenabwehr gehört zu den klassischen Bereichen der Eingriffsverwaltung, für die Befehl und Zwang wiederum die typischen Handlungsformen sind

2) vgl hierzu Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz a.a.O. Art. 2 Rdnr. 81

Durch keine noch so präzise gesetzliche Formulierung kann ein Schutz vor Rechtsmißbrauch gewährleistet werden. Es wäre auch weltfremd anzunehmen, ein Unrechtssystem sei darauf angewiesen, unbestimmte Rechtsbegriffe vorzufinden und für eigene Zwecke auszuhöhlen. Wie sich gerade in der Zeit des Nationalsozialismus zeigte, sind politische Kräfte, die die Macht haben, auf die Verwaltungstätigkeit nachhaltig einzuwirken, auch in der Lage, sich neue Gesetze nach ihrem Willen zu schaffen.

Ein Maßstab dafür, ob eine Norm verfassungswidrig ist, kann nicht sein, ob in Extremfällen durch unrechte Gewaltausübung eine mißbräuchliche Handhabung möglich erscheint. Es ist vielmehr zu prüfen, ob das Gesetz in der täglichen Rechtsanwendung klare und jederzeit kontrollierbare Kriterien dafür aufstellt, wie ein bestimmter Lebenssachverhalt zu behandeln ist. Wie oben gezeigt, wurden die unbestimmten Rechtsbegriffe der polizeilichen Generalklausel von der Rechtsprechung und Lehre präzisiert. Allein die Auslegungsbedürftigkeit eines Begriffes kann nicht zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit führen. Angesichts der Komplexität der Lebenssachverhalte ist die Gesetzgebungstechnik auf die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen angewiesen.[1] Hinsichtlich der Auslegungskriterien für die Begriffe öffentliche Sicherheit und Ordnung herrscht in Justiz- und Verwaltungspraxis Übereinstimmung, so daß einerseits verfassungsmäßige Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit in der Verwaltung, andererseits eine kalkulierbare gerichtliche Kontrolle gewährleistet ist.[2]

---

1) Wolff I § 31 I c 3

2) ebenso Wolff/Bachof III § 125 I c 1 Rdnr 3

2.2. Bedeutung der Generalermächtigung

2.2.1. Auslegung der polizeilichen Generalklausel

Die polizeiliche Generalklausel wurde in Preußen allgemein als Eingriffsbefugnis für die Polizei- und Sicherheitsbehörden, somit als Generalermächtigung ausgelegt. Lag eine Gefahr für die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung vor, so konnten ohne weiteres die erforderlichen Maßnahmen ergriffen bzw. Verordnungen erlassen werden.

In diesem Sinne wurde die Wendung als Eingriffsbefugnis für die Gefahrenabwehr in die nachfolgenden Polizeigesetze für Preußen und alle übrigen Länder mit Ausnahme Bayerns übernommen.[1] Mit der Abgrenzung des Aufgabenbereichs der Polizeibehörden in der Generalklausel ist somit seit den Zeiten des ALR die rechtliche Zulässigkeit von denjenigen Eingriffsmaßnahmen indiziert, die sich im Rahmen dieses Aufgabenbereichs bewegen. Zu den Polizeibehörden iwS gehören auch die speziellen Dienststellen der Baupolizei.

2.2.2. Verhältnis der Generalermächtigung zu Spezialvorschriften

Neben der Generalklausel wurden und werden die Eingriffsvoraussetzungen für typische Standardmaßnahmen in den historischen wie in den heutigen Polizeigesetzen gesondert geregelt.[2]

---

1) für viele: Drews/Wacke/Vogel/Martens II § 4

2) Drews/Wacke/Vogel/Martens II § 7 S. 77

Soweit dies geschehen ist und bestimmte polizeiliche Maßnahmen außerhalb der Generalklausel normiert sind, stellen diese Sonder-Vorschriften im Rahmen ihrer Tatbestandsvoraussetzungen die ausschließliche Rechtsgrundlage für die jeweils genannten polizeilichen Maßnahmen dar. Ein Rückgriff auf die Generalklausel ist für diese Fälle unzulässig.
Soweit jedoch keine speziellen Regelungen vorliegen, können Eingriffshandlungen auf die Generalklausel gestützt werden.[1)]

2.3. Bedeutung der Spezialermächtigungen

2.3.1. Bayerisches System

Etwas anders verlief die Entwicklung in Bayern. Hier kannte man sowohl für das Sicherheitsrecht als auch für das Polizeirecht keine Generalermächtigung.
Jede Eingriffsmaßnahme erforderte eine spezielle Befugnisnorm als Rechtsgrundlage.[2)] Dieses System gilt in Bayern[3)] noch unverändert für die Behörden der allgemeinen Sicherheitsverwaltung.

In Art. 6 LStVG, dem Gesetz über Aufgaben und Befugnisse der Sicherheitsbehörden, findet sich zwar eine Wendung, die äußerlich der preußischen Generalklausel gleicht:

> "Die Gemeinden, Landratsämter, Regierungen und das Staatsministerium des Innern haben als Sicherheitsbehörden die Aufgabe, die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch Abwehr von Gefahren und durch Unterbindung und Beseitigung von Störungen aufrechtzuerhalten."

---

1) vgl vorige Seite Fußnote 2)

2) Götz, Allg. PolR § 4 II 2

3) in Bad-Württ. galt dieser Grundsatz noch bis 1974 für den Erlaß von Polizeiverordnungen

Nach der bayerischen Auslegung wird damit jedoch ausschließlich der Aufgabenbereich der Behörden abgegrenzt, also das Feld, innerhalb dessen eine Möglichkeit zum Eingreifen bestehen kann.[1] Die Eingriffsmaßnahme selbst bedarf einer darüber hinausgehenden speziellen Ermächtigungsnorm, die die Eingriffsvoraussetzungen sowie die zu treffende Maßnahme im einzelnen beschreibt.
Die Aufgabennorm benennt somit das Ziel, zu dessen Verwirklichung die in den Befugnisnormen festgelegten Maßnahmen eingesetzt werden dürfen.

Der Schluß von der polizeilichen Aufgabe auf die Befugnisse zur Vornahme von Eingriffsmaßnahmen, der in der preußischen Polizeirechtstradition üblich ist, wurde in Bayern unter Berufung auf den Vorbehalt des Gesetzes zunächst als verfassungswidrig abgelehnt.[2] Diese Auffassung entspricht zwar heute nicht mehr der herrschenden Meinung in der süddeutschen Polizeirechtswissenschaft, sie hat aber ihren Niederschlag in dem Aufbau des geltenden LStVG gefunden. In Anwendung dieses Gesetzes bedürfen sicherheitsrechtliche Eingriffsmaßnahmen daher auch heute noch einer Befugnisnorm.

Ohne unbestimmte und generelle Rechtsbegriffe kommt jedoch auch das bayerische Sicherheitsrecht nicht aus. In Art. 7 II LStVG ist eine "generalisierende Ermächtigung" für Einzelmaßnahmen

---

1) Bengl/Berner/Emmerig, LStVG Art. 6 Ziff 2 a

2) zur Verfassungswidrigkeit der Generalklausel vgl oben III 2.1.3.

enthalten. Sie bezieht sich jedoch nicht auf den gesamten Aufgabenbereich der Gefahrenabwehr, sondern nur auf einen genau umschriebenen Teilausschnitt hieraus.[1)]

In jüngster Zeit fand in Bayern ein Einbruch in das System der Spezialermächtigungen statt. Im Zuge der Vereinheitlichung der Polizeigesetze wurde 1978 ein neues PAG erlassen, an dessen Anfang eine Generalermächtigung nach preußischem Muster gestellt wurde.
Damit kann der bayrische Weg aber nicht als endgültig überkommenes Prinzip übergangen werden. Zum einen baut - wie geschildert - das allgemeine Sicherheitsrecht immer noch auf dem in Bayern seit langer Zeit geltenden Muster auf. Zum anderen spielt für die Auslegung der BayBO das sicherheitsrechtliche Verständnis zur Zeit des Gesetzerlasses im Jahre 1969 eine nicht zu vernachlässigende Rolle. Zumindest für die historische Gesetzesauslegung ist der Wille des Gesetzgebers von Bedeutung.

---

1) zum Begriff der generalisierenden Norm vgl Wolff/ Bachof III § 126 I
Art. 7 II LStVG lautet:
"Soweit eine solche gesetzliche Ermächtigung nicht in Vorschriften dieses Gesetzes oder in anderen Rechtsvorschriften enthalten ist, können die Sicherheitsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben für den Einzelfall Anordnungen treffen, um
1) rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes ... verwirklichen ... zu verhüten oder zu unterbinden;
2) durch solche Handlungen verursachte Zustände zu beseitigen;
3) Gefahren abzuwehren, ... die Leben, Gesundheit, oder die Freiheit von Menschen oder Sachwerte, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten scheint, bedrohen oder verletzen."

Nur am Rande sei hier bereits bemerkt, daß das Prinzip der Spezialermächtigungen in den neuen sicherheitsrechtlichen Fachgesetzen verstärkt wieder Anwendung findet. Dort ist es eine sachliche Notwendigkeit, da sich diese Gesetze häufig über den traditionellen Aufgabenbereich des Sicherheitsrechts hinausbewegen, und Eingriffsmaßnahmen somit nicht mehr auf eine allein aus der Aufgabe der Gefahrenabwehr abgeleitete Generalermächtigung gestützt werden können.

2.3.2. Rechtsauffassung in den sonstigen Bundesländern

In förmlicher Hinsicht wird in vielen neueren polizeilichen bzw. ordnungsrechtlichen Gesetzen scharf zwischen Aufgaben und Befugnissen unterschieden, und zwar gilt dies auch und gerade für Gesetzesinitiativen außerhalb Bayerns.[1] Sachlich bedeutet es jedoch für die außerbayerischen Gebiete keinen Bruch mit der preußischen Tradition und keine Annäherung an das bayerische System. Denn die Befugnisnormen dieser Gesetze nehmen meist in generalklauselartiger Weite auf den gesamten Aufgabenbereich der Polizei- bzw. Ordnungsverwaltung Bezug.
Die gedankliche Trennung der Funktionsbereiche von Aufgaben und Befugnissen fällt damit in sich zusammen und wird bedeutungslos. Eine Differenzierung der Begriffe ist nur dann erforderlich, wenn es Fälle gibt, in denen sich die beiden Bereiche nicht decken. Dies kann aber wiederum nur in einem System der Spezialermächtigungen auftreten. Solange die Befugnisnorm eine Generalermächtigung enthält, die den gesamten Aufgabenbereich umschließt, wird sachlich keine weitergehende

1) zB §§ 1,14 I nwOBG; §§ 15,20 I nwPolG; §§ 1-6,10 BGSG vgl auch Wolff/Bachof III § 125 I b Rdnr. 2

Differenziertheit erreicht als sie bereits im ALR angelegt war. Dort war zwar dem Wortlaut nach lediglich die Aufgabe der Polizei definiert, zugleich wurde aber der Schluß von der Aufgabe auf das Mittel zugelassen. Eine gesonderte Festlegung der Befugnisse erübrigte sich insoweit. Allerdings läßt sich berechtigterweise die Frage aufwerfen, ob dann, wenn bereits der Aufgabenbereich rechtsstaatlich ausreichend bestimmt umschrieben ist, eine Unterscheidung in Aufgaben und Einzelbefugnisse notwendig und wünschenswert ist. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit würde ein tieferes Eindringen in diese Problematik zu weit führen.

IV Bedeutung der Generalklausel im Bauordnungsrecht

Der in § 3 I 1 niedergelegten Generalklausel werden in Rspr. und Lehre mehrere Funktionen zugewiesen. Die meisten Kommentatoren[1] betrachten § 3 als subsidiäre Generalermächtigung für Maßnahmen der Bauaufsichtsbehörden (BAB), die in ihrer Funktion der polizeilichen Generalklausel gleichzustellen ist. Darüberhinaus wird er als Rahmennorm, materielle Grundnorm oder als Auslegungshilfe bezeichnet. Im folgenden werden diese angesprochenen Bedeutungsmöglichkeiten des § 3 behandelt. Zusätzlich soll auf die unmittelbare Anwendung des § 3 durch Verweisungen in anderen Vorschriften der BOen sowie auf eine mögliche programmatische Präambelwirkung eingegangen werden.

1. Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen der Bauaufsichtsbehörden im Einzelfall

Sollte die Ansicht[1] zutreffen, daß die baurechtliche Generalklausel als unmittelbar verbindliche Rechtsnorm Rechtsgrundlage für behördliche Eingriffsmaßnahmen sein kann, und sollte dies die einzig mögliche Norminterpretation sein, so läge ein insbesondere für Bayern bemerkenswertes Ergebnis vor: bereits vor den heftigen Diskussionen über die Einführung einer Generalklausel im PAG hätte im Bauordnungsrecht ein Einbruch in das Prinzip der Spezialermächtigungen stattgefunden.

---

1) Mang-Simon a.a.O Art. 3 Rdnr. 4; Weinisch/Wambsganz/Baumgartner/Wiebel a.a.O. Art. 3 Nr. 2.2; Koch-Molodovsky a.a.O. Art. 3 Rdnr. 1; Gädtke, Kommentar zur nwBO, Anm. zu Abs. 1 des § 3
Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, Kommentar zur nsBO, § 1 Rdnr. 1
Förster/Schmidt/Grundei/Willert, Kommentar zur berlBO Anm. 1b zu §3
BVerwG BayVBl 68,246

Wie bereits erörtert[1] unterscheidet sich das sicherheitsrechtliche Verständnis in Bayern von dem der anderen Bundesländer dadurch, daß das bayerische Recht traditionell keine Generalermächtigung kennt. Obwohl Art. 3 der bayBO in den hier maßgebenden Sätzen 1 bis 3 des Absatzes 1 wörtlich mit der MustBO[2] und damit mit den BOen der meisten anderen Länder übereinstimmt, soll er einer gesonderten Prüfung unterzogen werden. Als bayerisches Landesgesetz ist er, aus der bayerischen Tradition heraus, vor dem Hintergrund der bei Erlaß der BO noch weitgehend unangefochtenen bayerischen sicherheitsrechtlichen Dogmatik auszulegen. Sollte eine sachliche Differenzierung von Aufgaben- und Befugnisnorm in der bayBO möglich sein, so besteht keine Veranlassung, bei der Interpetation der bayBO von dem überkommenen sicherheitsrechtlichen System abzuweichen, unabhängig davon, ob die teilweise wortwörtlich mit der bayBO übereinstimmenden BOen der übrigen Länder dort im Sinne der preußischen Tradition aufzufassen sind.

---

1) vgl oben III 2.3.

2) Musterbauordnung vom 30.10.59, Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau Bd. 16/17, 1959

1.1. Rechtliche Bedeutung des Art. 3 bayBO als Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen der Bauaufsichtsbehörden im Einzelfall

1.1.1. Art. 3 bayBO als Aufgabennorm

Daß der Gesetzgeber der bayBO die sachliche Trennung von Aufgaben- und Befugnisnormen aufrechterhalten wissen wollte, zeigt die Begründung zu Art. 78 bayBO, wo ausdrücklich zwischen Aufgaben und Befugnissen der BAB unterschieden wird.[1)]

Art. 3 bayBO nimmt Bezug auf den Terminus "öffentliche Sicherheit und Ordnung". Dies sind auch die zentralen Begriffe der Aufgabennorm für die allgemeinen bayerischen Sicherheitsbehörden in Art. 6 LStVG.[2)]
Es liegt nahe, die gesetzgeberischen Intentionen der nach außen hin ähnlich aufgebauten Gesetze - bayBO und LStVG - zu vergleichen und zu prüfen, ob Art. 3 bayBO ebenfalls die in Art. 6 LStVG gegebenen Voraussetzungen für eine Aufgabennorm erfüllt.[3)]

---

1) "... um rechtsstaatlichen Erfordernissen gerecht zu werden, umschreibt Abs. 2 (i.e. von Art. 78, d.Verf.) die Aufgaben der BAB näher und verleiht ihnen die Befugnis zur Erfüllung ihrer Aufgaben die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, ..." (Hervorhebungen v. Verf.)

2) Art. 6 LStVG: "die Gemeinden, Landratsämter, Regierungen und das Staatsministerium des Innern haben als Sicherheitsbehörden die Aufgabe, die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch Abwehr von Gefahren und durch Unterbindung und Beseitigung von Störungen aufrechtzuerhalten."

3) Art. 3 bayBO im Sinne einer bloßen Aufgabennorm: vgl Weinisch/Wambsganz/Baumgartner/Wiebel a.a.O. Art 3 Anm. 2, insbes. 2.1.; allerdings unklar, da bei Anm. 1 zu Art. 3 offenbar doch davon ausgegangen wird, Art. 3 könne auch Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen sein.

1.1.1.1. Wesensmerkmale einer Aufgabennorm

Die einzelnen Inhaltselemente einer Aufgabennorm sollen anhand von Art. 6 LStVG modellhaft herausgearbeitet werden. Art. 6 LStVG besteht aus:

aa) der formellen Kompetenzzuweisung, d.h. der Benennung der Behörde, an die sich die Vorschrift wendet,

bb) der Bestimmung des Soll-Zustandes, der gesellschaftlich wünschenswert ist und der der gesetzgeberischen Zielsetzung zugrunde liegt;
hier: öffentliche Sicherheit und Ordnung (Schutzgüter)

cc) der Anweisung an die Behörde aa), diesen Zustand bb) zu gewährleisten (konkludent ist damit auch ausgedrückt, daß es sich um eine öffentlichrechtliche Aufgabe handelt),

dd) der Bestimmung der normrelevanten Abweichungen von bb), die Voraussetzung für behördliches Handeln sind,
hier: Gefährdung bzw. Störung (Schutz-, bereich)

Es bedarf keiner weitergehenden Erläuterungen, daß die Elemente aa), bb) und cc) erforderlich sind, um die Zuständigkeitsabgrenzung zu treffen und den Aktionsradius einer Ordnungsbehörde zu bestimmen: es muß zum einen die Aufgabe umrissen werden - dies geschieht hier durch Angabe des gewünschten Ergebnisses, nämlich der Gewährleistung des abstrakten Rechtsguts öffentliche Sicherheit und Ordnung bb) -, zum anderen bedarf es eines Aufgabenträgers - hier die Kompetenzzuweisung unter aa) - und der Beauftragung selbst als Bindeglied zwischen aa) und bb).

Hingegen stellt Punkt dd) keinen logisch notwendigen Bestandteil einer Aufgabennorm dar. Würde dieses Element fehlen, wäre der Kreis normrelevanter Abweichungen vom Sollzustand bereits durch die Grenzen der Schutzgüter bestimmt: jede Beeinträchtigung der Schutzgüter könnte einen behördlichen Eingriff rechtfertigen. Der verfassungsmäßige Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wäre einziges Regulativ, um Bagatellverletzungen oder allgemeine Lebensrisiken aus dem Kreis polizeipflichtiger Störungen auszuscheiden. Die Beschränkung des Schutzbereichs der Rechtsgüter "öffentliche Sicherheit und Ordnung" auf die Abwehr von Eingriffen, die mit Wahrscheinlichkeit einen Schaden erwarten lassen[1], ist historisch mit dem Bestreben zu erklären, den Einflußbereich obrigkeitlicher Polizeibehörden soweit wie möglich zurückzudrängen und auf Zustände zu beschränken, die tatsächlich eine sozialschädliche Störung erwarten lassen. Im übrigen entspricht dies auch der Zweckmäßigkeit. Bloße Belästigungen etc. sind durch Kooperation der betroffenen Bürger mit größerer Leichtigkeit und nachhaltigerer Wirkung aus der Welt zu schaffen als durch behördliches Eingreifen.

1.1.1.2. Vorliegen der Merkmale einer Aufgabennorm bei Art. 3 bayBO

Nachdem nun die einzelnen Komponenten, die eine Aufgabennorm ausmachen, anhand von Art. 6 LStVG herausgestellt wurden, soll geprüft werden, ob Art 3 bayBO sich in dieses Schema einpassen läßt.

---

1) vgl Definition des Gefahrenbegriffs oben III 1.1.

a) Art. 3 bayBO für sich genommen

Um vollständig als Aufgabennorm zu fungieren, fehlt es Art. 3 bayBO an den Grundvoraussetzungen aa) und cc)[1].
Die Vorschrift benennt keine zuständige Behörde aa), naturgemäß entfällt damit auch das Element der Anweisung an eine Behörde, bestimmte Aufgaben durchzuführen cc).
Als Aufgabennorm scheidet Art. 3 bayBO für sich genommen somit aus, denn die Festlegung eines Aufgabenbereichs kann nur dann sinnvoll sein, wenn der Aufgabenträger bekannt ist.

b) Art. 3 in Verbindung mit Art. 77 f bayBO

Gesetzestechnisch ist es möglich, daß Schutzgutbestimmung und Zuständigkeitsbestimmung in der bayBO auf mehrere Artikel aufgeteilt wurden. Art. 3 bayBO könnte auf diesem Weg - zusammengelesen mit anderen Normen - doch noch die Funktion einer Aufgabennorm ausfüllen. Dies soll im folgenden näher untersucht werden.

aa) Art. 77, 78 II 1 bayBO als Kompetenzzuweisungsnorm

Als Kompetenzzuweisungsnorm kommt Art. 77 iVm Art. 78 II 1 bayBO in Betracht.
In Art. 78 II 1 bayBO wird unter anderem bestimmt, daß staatliche Behörden (Bauaufsichtsbehörden) mit gewissen Aufgaben im Bereich des Bauordnungsrechts betraut sind.

---

1) Die Buchstabenbezeichnungen folgen dem Schema von oben S. 43

Art. 77 I bayBO konkretisiert, welchen Behörden im einzelnen die Kompetenz hierfür zusteht.
Die genannten Bestimmungen erfüllen damit die Anforderungen, die hinsichtlich der Punkte cc) und aa) nach dem oben S. 43 entwickelten Schema an eine Aufgabennorm zu stellen sind

bb) Art. 3 bayBO als materielle Aufgabenbestimmung

Um als Teil einer zusammengesetzten Aufgabennorm zu fungieren, müßte Art. 3 den materiellen Aufgabenbereich entspr. lit. bb) des obigen Schemas festlegen. Die Vorschrift stellt ihrem Wortlaut nach bestimmte Anforderungen an bauliche Anlagen: sie dürfen die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährden. Nach der Analyse von S. 43 kann dies als Definition des vom Gesetzgeber angestrebten Soll-Zustandes aufgefaßt werden: So soll erreicht werden, daß jegliche Bebauung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entspricht. Zielpunkt des Bauordnungsrechts ist es folglich - wie im allgemeinen Sicherheitsrecht - die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor Beeinträchtigungen zu bewahren. Im Unterschied zum LStVG, das generell Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verhindern soll, befaßt sich die BO nur mit solchen Verletzungstatbeständen der polizeilichen Schutzgüter, die durch Maßnahmen an baulichen Anlagen iSd Art. 1 II des Gesetzes hervorgerufen werden. Der Kreis der normrelevanten Abweichungen ist also im sicherheitsrechtlichen Spezialgebiet "Baurecht" gegenüber dem LStVG verengt.

cc) Aushöhlung von Art. 3 bayBO als materielle Aufgabennorm durch Art. 78 II 1 bayBO ?

Bedenken gegen die Auslegung, daß Art. 3 materielle Aufgabennorm ist, können sich aus dem Wortlaut von Art. 78 II 1 bayBO ergeben. Denn die Vorschrift bezeichnet nicht nur die BAB als zuständige Stelle zur Überwachung der allgemeinen Anforderungen an Bauwerken. Sie benennt darüberhinaus den Kompetenzbereich der BAB mit folgenden Worten:

> "... darüber zu wachen, daß die öffentlichrechtlichen Vorschriften und die aufgrund dieser Vorschriften erlassenen Anordnungen eingehalten werden ..."

Damit scheint Art. 78 II 1 bayBO nicht nur die zuständige Behörde sondern auch den Aufgabenbereich umfassend zu beschreiben, mit der Folge, daß ein Rückgriff auf Art. 3 bayBO überflüssig wäre.
In diesem Sinne bezeichnen auch verschiedene Autoren Art. 78 bayBO bzw. den entsprechenden Paragraphen in anderen BOen als materielle Generalklausel des Bauordnungsrechts.[1)]

Die Gegenmeinung[2)] sieht in Art. 78 II 1 bayBO lediglich eine formelle Generalklausel, die durch Art. 3 bayBO materiell ergänzt wird.

---

1) Rößler, LBO für Nordrh.-Westf., Kommentar Anm. zu § 78
Schlez, LBO für Bad.-Württ., Kommentar § 82 Rdnr. 2

2) Koch-Molodovsky a.a.O. Art. 78 Anm. 1.1;
Mang-Simon a.a.O. Art. 78 Rdnr. 1, beide zur bayBO

Hinter der Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtsnorm steht die Frage, ob die Bezugnahme auf die "öffentlichrechtlichen Vorschriften" in Art. 78 so zu verstehen ist, daß damit bereits die materiellen Anforderungen an Bauwerke beschrieben sind - nämlich Übereinstimmung mit dem öffentlichen Recht - oder ob der materielle Regelungsgehalt erst in den Normen zu finden ist, auf die verwiesen wird, so insbesondere in Art. 3 bayBO. Im letzteren Fall beantwortet Art. 78 allein die formelle Frage, von wem die Einhaltung der anderweitig niedergelegten Anforderungen zu überwachen ist. Es handelt sich nach dieser Meinung lediglich um die Aufgabenzuweisung nach lit. cc) des Schemas von S. 43.

Die Meinung, daß Art. 78 II 1 bayBO lediglich formellen Regelungsgehalt hat, ist vorzuziehen.
Bereits dem Wortlaut nach liegt es näher, in der Vorschrift eine formelle Verweisungsnorm zu sehen. Die materiellen Anforderungen, die an bauliche Anlagen gestellt werden müssen, erschließen sich erst aus dem Inhalt der materiellen Regelungen auf die verwiesen wird. Klarer wird dies, wenn man Art. 78 II 1 bayBO im Sinne der formellen Interpretation folgendermaßen umformuliert:
die BAB haben darüber zu wachen, daß die gesetzlichen Anforderungen an bauliche Anlagen erfüllt werden.

Hierbei wird deutlich, daß es für die inhaltliche Bestimmung der zu überwachenden Anforderungen und damit zur materiellen Festlegung des Aufgabenbereichs der BAB einer Ergänzung durch Rechtsnormen bedarf, in denen die baulichen Anforderungen im einzelnen beschrieben sind.

Zu der gegenteiligen Auffassung, daß Art. 78 selbst materielle Generalklausel ist und Art. 3 damit als Aufgabenbestimmung leerläuft, kann man möglicherweise gelangen, wenn man die Anforderungen, die Art. 3 an bauliche Anlagen stellt, analysiert und mit Art. 78 II 1 vergleicht. Zentraler Begriff in Art. 3 ist die öffentliche Sicherheit. Diese beinhaltet ihrerseits die Rechtsordnung als Schutzgut[1]. Es liegt daher folgender Schluß nahe:
Auch Art. 3, eine zweifellos nur materielle Norm[2], bestimmt die Anforderungen an bauliche Anlagen nicht im einzelnen und erklärt nur generalisierend, daß sie der Rechtsordnung entsprechen müssen. Die Anweisung, bauliche Anlagen auf ihre Übereinstimmung mit gesetzlichen Vorschriften zu prüfen, enthält aber bereits Art. 78 II 1. Der "Umweg" über Art. 3 I erscheint überflüssig.

---

1) vgl oben III 1.2.

2) vgl oben IV 1.1.1.2. a) bb)

Diese Auslegung ist insofern nicht überzeugend, als sich der Begriff der "öffentlichrechtlichen Vorschriften" inhaltlich nicht mit dem Begriff der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" deckt.
Art. 3 bayBO geht zum Teil über die rein öffentlichrechtlichen Rechtsnormen hinaus und erfaßt alle Normen im öffentlichen Interesse. Dazu können auch Regelungen des privaten Rechts gehören. Als Beispiel dafür, daß von den BAB in der Praxis auch einige private Rechte berücksichtigt werden können, mögen die liquiden Privatrechte dienen. Nach der Rspr. des BVerwG[1] kann zB. eine Baugenehmigung versagt werden, wenn sie wegen unbestrittener oder rechtskräftig festgestellter Rechte anderer Privatpersonen niemals ausgeführt werden könnte.
Weiterhin verlangt Art. 3 bayBO auch, daß die öffentliche Ordnung zu bewahren bzw. herzustellen ist. Definitionsgemäß sind die Elemente, die die öffentliche Ordnung ausmachen, gerade nicht durch gesetzliche Vorschriften normiert, sondern im Bereich der außergesetzlichen sozialen Regelungsmechanismen angesiedelt.[2]

---

1) BVerwG DÖV 65,580; allerdings wohl kein Rechtsanspruch auf Beachtung liquider Rechte. zT. ablehnend die Lit., vgl Schuegraf NJW 65,928, Schwerdtfeger DÖV 66,494
Zum gleichen Ergebnis wie das BVerwG oben gelangt man in der Verw.praxis dadurch, daß man bei Bestehen liqu. R.e das Sachbescheidungsinteresse verneint, BVerwGE 20,124; NJW 69,73,1518

2) vgl oben III 1.3.

Würde man nun den Aufgabenbereich der BAB bereits aus Art. 78 II 1 bayBO herauslesen, d.h. auf die Beachtung der öffentlichrechtlichen Rechtsordnung beschränken, so wäre ein Teil der in Art. 3 gestellten Anforderungen nicht der Kontrolle der BAB unterstellt. Es herrscht jedoch Übereinstimmung in Rechtsprechung und Lehre[1], daß die Aufgaben und Befugnisse der BAB sinnvollerweise soweit reichen müssen wie die materiellen Anforderungen an die von der Bauordnung erfaßten Anlagen. Diese vollständige Kontrollmöglichkeit ist nur zu erreichen, wenn man sich der Auffassung anschließt, daß Art. 78 II 1 ausschließlich formelle Grundnorm ist. Das bedeutet, daß sich die Kompetenz der BAB formell auf die Einhaltung der öffentlichrechtlichen Normen bei bestimmten Baumaßnahmen erstreckt. Materiell wird dieser Kompetenzbereich insbesondere von der Generalklausel des Art. 3 bayBO ausgefüllt, der seinerseits auch die Beachtung mancher Gesichtspunkte außerhalb des öffentlichen Rechts verlangt. Art. 3 selbst bleibt dabei Teil des öffentlichen Rechts, so daß die Einhaltung der von Art. 3 aufgestellten Anforderungen problemlos der Überwachungszuständigkeit der BAB unterfällt.

---

1) für viele: Mang-Simon a.a.O. Art. 78 Rdnr. 7

Aus dem rein formellen Charakter der Vorschrift erklärt sich auch, daß zB. die blnBO, die eine Zuständigkeitsbestimmung von Behörden zur Bauüberwachung nicht enthält[1], auf eine Vorschrift wie Art. 78 II bayBO gänzlich verzichten kann, ohne etwa andere materielle Anforderungen an bauliche Anlagen zu stellen als die übrigen Länder.

Zwischenergebnis:

Art. 3 bayBO hat in Verbindung mit Art. 77 I, 78 II 1 bayBO zumindest auch die Funktion einer Aufgabennorm.
Damit fällt ihm eine zentrale Stellung in der gesamten BO zu. Als materieller Bestandteil einer bauordnungsrechtlichen Aufgabennorm legt er innerhalb seines Regelungsbereichs die Zweckrichtung der staatlichen Bauüberwachung fest.[2]

---

1) genauer unten IV 1.2.1.2. a)

2) zur allg. Bedeutung einer Aufgabennorm vgl. III 2.3.1.

Ob Art. 3 bayBO die materiellen Aufgaben des Bauordnungsrechts umfassend beschreibt und somit als allgemeine bauordnungsrechtliche Grundnorm[1] angesprochen werden kann, worauf die hervorgehobene Stellung der Vorschrift im ersten, dem "Allgemeinen" Teil der BO hinweist, soll im folgenden untersucht werden.

1.1.1.3. Regelungsbereich des Art. 3 bayBO in seiner Funktion als materielle Aufgabennorm

Wie bereits beschrieben, resultiert die Funktion von Art. 3 bayBO als Aufgabennorm für die BAB darauf, daß Art. 78 Abs. 2 S. 1 iVm Art. 77 bayBO, der die Bauüberwachung formell der Kompetenz der BAB zuweist, für die inhaltliche Abgrenzung der Überwachungsaufgaben auf materielle Normen und damit auch auf Art. 3 bayBO verweist. Art. 78 II 1 nimmt aber nicht ausdrücklich nur auf Art. 3 Bezug, sondern auf alle öffentlichrechtlichen Vorschriften. Art. 3 kann daher nur dann die materiellen Aufgaben der BAB abschließend beschreiben, wenn die "öffentlichrechtlichen Vorschriften" (Art. 78) in dem Begriff der "öffentlichrechtlichen Sicherheit" (Art. 3 I) vollständig beinhaltet sind.[2]

---

1) so zum Teil die Lit.: Mang-Simon a.a.O. Art. 3 Rdnr. 1; Koch-Molodovsky a.a.O. Art. 3 Ziff.1 Weinisch/Wambsganz/Baumgartner/Wiebel a.a.O. Art. 3 Ziff 2

2) Auf die "öffentliche Ordnung" muß in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden, da sie sich definitionsgemäß nicht auf Bereiche beziehen kann, die bereits gesetzlich normiert sind.

Während bereits geklärt wurde, daß der Regelungsbereich des Art. 3 I bayBO teilweise weiter ist als die Gesamtheit der öffentlichrechtlichen Vorschriften[1], geht es nun um die Frage, ob evtl. in anderer Beziehung die "öffentlichrechtlichen Vorschriften" den von der Generalklausel erfaßten Bereich überschreiten.

a) Sozial- und Wohlfahrtsaufgaben

Die h.M. legt den Begriff der öffentlichen Sicherheit weit aus und faßt darunter die gesamte Rechtsordnung, soweit sie im öffentlichen Interesse besteht.
Und die öffentlichrechtlichen Vorschriften ihrerseits sind eo ipso im öffentlichen Interesse erlassen, da andernfalls ein Eingreifen des Gesetzgebers mit öffentlichrechtlichen Mitteln nicht erforderlich und verhältnismäßig wäre.[2]
Was jedoch in der Definition der öffentlichen Sicherheit meist nicht ausdrücklich erwähnt wird, ist die Tatsache, daß - nach der historischen Entwicklung - unter der Sorge für die öffentliche Sicherheit ausschließlich Aufgaben der

---

1) oben IV 1.1.2. b) cc), soweit er sich zB. auf die "öffentliche Ordnung" bezieht

2) I. v.Münch in Erichsen/Martens, Allg.VerwR § 1 III 1

Gefahrenabwehr und keine Wohlfahrts- und Sozialaufgaben verstanden werden. Das heißt, das überkommene Sicherheitsrecht dient allein dem Schutz bestehender, tatsächlich vorhandener Rechtsgüter. Der Unterschied zur Wohlfahrtspflege liegt darin, daß letztere gestalterisch-planend in den sozialen Produktionsprozeß eingreift und insoweit zukunftsbezogen ist.[1)]

Zahlreiche öffentlichrechtliche Vorschriften, die sich auch im Bauwesen auswirken können, dienen aber der Wohlfahrtspflege. So sind zB. Belange des Naturschutzes (BNSchG), Denkmalschutzes (DSchG), und der Waldpflege (WaldG) ebenso zu beachten wie die Spezialvorschriften für die ästhetische Gestaltung von Friedhöfen, Grabstätten u.ä. Alle diese Gesichtspunkte sind, auch wenn sie nicht in der BO selbst verankert sind, gemäß Art. 78 II 1 bayBO von den BAB bei der Kontrolle der Bautätigkeit zur berücksichtigen.[2)]

---

1) Fleiner, Institutionen, 392

2) Nach h.M. obliegt den BAB der Vollzug aller Rechtsgebiete, die sich auf bauliche Anlagen beziehen, wie zB. allg. Sicherheitsrecht, Straßen-, Wasser-, Naturschutz, Immissions-, Gewerbe-, Eisenbahn-, Luftverkehrsrechts usw. vgl Mang/Simon a.a.O. Art. 91, Rdnr. 6; Grundsatz der einheitlichen Zuständigkeit

Zu einem anderen Ergebnis könnte man allenfalls durch die theoretische Erwägung kommen, daß im Bauordnungsrecht als Teil des Ordnungsrechts die Kompetenz der Ordnungsbehörden auf die Gefahrenabwehr beschränkt sei, und dementsprechend unter öffentlichrechtlichen Vorschriften iSd Art. 78 II 1 bayBO einschränkend nur Regelungen der Gefahrenabwehr verstanden werden dürften. Die Meinung, die Ordnungsbehörden seien auf die reine Gefahrenabwehr beschränkt, läßt sich nicht halten. Eine derartige Einschränkung wurde bislang allenfalls für den Fall gemacht, daß die Polizei- oder Ordnungsbehörden ihre Maßnahmen auf die polizeiliche Generalklausel zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung stützten (Kreuzberg-Urteil) [1]. Auch in der Rspr. des PrOVG war jedoch unangefochten, daß die Behörden Maßnahmen der Wohlfahrtspflege ergreifen konnten, wenn hierfür eine spezielle Ermächtigung bestand. Gerade im Baurecht erwies es sich sehr bald als erforderlich, planend-gestalterisch einzugreifen, um menschenwürdige Wohnverhältnisse und eine effektive Infrastruktur zu gewährleisten.

Die BO selbst enthält verschiedene Bestimmungen, die nicht unter den Begriff der Gefahrenabwehr gefaßt werden können und damit über die in Art. 3 I 1 bayBO beschriebenen generellen Anforderungen hinausgehen.

---

1) vgl oben II 4.

Abgesehen von Art. 3 I 2 bayBO (Verunstaltungsschutz), der in Art. 3 selbst noch verankert ist, finden sich Regelungen mit wohlfahrtsrechtlichem und planerischem Charakter im Besonderen Teil der BO. Hierzu gehören die Bestimmungen über Kinderspielplätze (Art. 8 bayBO) und Gemeinschaftsanlagen (Art. 69 bayBO), die Regelungen zum Schutz von Personen mit Kleinkindern, alten Menschen und Behinderten, (Art. 66 IV bayBO) sowie die generelle Erlaubnispflicht für Außenwerbung (Art. 85 bayBO).

Von den meisten Kommentatoren[1] werden auch noch die Mindestanforderungen an Wohnungen und Aufenthaltsräume hinzugerechnet (Art. 52, 58 - 61 bayBO). Zu Beginn der Baurechtsgesetzgebung hatten diese Vorschriften zweifellos rein wohlfahrtsrechtlichen Charakter. Durch sie sollte insbesondere der neu zu erstellende Wohnraum Standards erfüllen, die man als erstrebenswert für die Zukunft ansah, ohne daß sie in den bestehenden Wohnungen bereits einheitlich erreicht waren. Die Vorschriften enthielten also eine sozialplanerische Komponente. Angesichts des heutigen Lebensstandards haben sich die Schwerpunkte verschoben. Es bedarf der Mindestanforderungen an Wohnbedingungen nicht mehr in erster Linie, um für die Zukunft die Wohnlage auf ein bestimmtes Mindestniveau zu heben, denn

---

1) Weinisch/Wambsganz/Baumgartner/Wiebel: a.a.O. Einführung 3.2
Koch/Molodovsky: a.a.O. Einführung 4.2;
Mang-Simon a.a.O. Art 3 Rdnr. 19;
Scheerbarth, das allg. Bauordnungsrecht S. 28, S.161

die Mindestanforderungen werden von den Bauherrn im eigenen Interesse meist schon überschritten. Die Vorschrift soll heute eine Handhabe liefern, um Mißstände in Einzelfällen zu vermeiden. Im Vordergrund steht der Schutz von Individualrechtsgütern des Einzelnen, insbes. Leben und Gesundheit, die als allgemeines Anliegen gewertet werden und so dem Begriff der öffentlichen Sicherheit unterfallen.
Soweit ein Eingreifen wegen Verstoßes gegen die Mindestanforderungen angezeigt ist, handelt es sich daher heute eher um Gefahrenabwehr.
Allerdings sind wohl auch derzeit noch schwerpunktmäßig zur Sozial- und Wohlfahrtsplanung zu rechnen: Art. 59 III bayBO (Besonnung der Wohnung), Art. 59 V bayBO (Erfordernis eines Abstellraumes in der Wohnung) sowie Art. 59 VI bayBO (Abstellraum für Fahrräder und Kinderwagen außerhalb der Wohnung).
Die übrigen oben S. 57 genannten Bestimmungen zählen hingegen unangefochten zu dem Bereich der Sozial- und Wohlfahrtsaufgaben. Mit ihnen sollen nicht nur bestehende Rechtsgüter geschützt, sondern auch planerische Gesichtspunkte verwirklicht werden. Die Schaffung von Kinderspielplätzen und Gemeinschaftsanlagen zB. dient zwar auch gesundheitlichen Belangen der Bewohner des Baugebiets. Die medizinischen Belastungen bei Fehlen der genannten Anlagen sind aber kaum quantifizierbar und rücken mehr in den Bereich der Vermutungen. Im Vordergrund der gesetzgeberischen Intentionen

stand vielmehr, ein Instrumentarium zum Aufbau einer kommunikationsfreundlichen und bedarfsgerechten Infrastruktur zur Verfügung zu stellen. Das gleiche gilt für die Regelungen zum Schutz von alten Menschen, Personen mit Kleinkindern und Behinderten. Deutlicher wird die planerische Komponente noch bei den Vorschriften über die ästhetische Baugestaltung, denen neben Art. 9 II und Art. 11 bayBO auch die Erlaubnispflicht für Anlagen der Außenwerbung zugerechnet werden muß, Art. 12 bayBO.[1)]

Einige Autoren bestreiten, daß die BO selbst Komponenten enthält, die über die Gefahrenabwehr hinausgingen.[2)] Sie wollen die oben genannten wohlfahrtsrechtlichen Gesichtspunkte sämtlich unter den Begriff der öffentlichen Ordnung subsumieren. Diese These wird allerdings von ihren Vertretern nicht weiter begründet.[3)]

---

1) Daneben ist für diese Anlagen auch der Schutz der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs von Bedeutung

2) Mang-Simon a.a.O. Art. 3 Rdnr. 19; Koch/Molodovsky a.a.O. Einführung 3.2; Weinisch/Wambsganz/Baumgartner/Wiebel a.a.O. Einführung 3.2; Holch-Sauter LBO f.Bad.-Württ. Einführung S. 30; Fickert, LBO Nordrh.-W. Einführung 3 b; Scheerbarth, Das allg. Bauordnungsrecht, S. 28,161 Sch. spricht zwar von einem "Mitanklingen" von Sozial- und Wohlfahrtszwecken, stellt aber gleich danach fest, "jedenfalls ist auch hier kein Abweichen von der baurechtlichen Generalklausel des § 3 festzustellen".

3) Möglicherweise rührt diese Interpretation der öffentlichen Ordnung noch von der zZ. des § 10 II 17 ALR geltenden Auslegung der polizeilichen Generalklausel her. Das ALR unterschied die Gefahrenabwehr einerseits und die Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung andererseits als zwei verschiedene Aufgaben der Polizei. Das geltende Polizei- und Ordnungsrecht verlangt aber eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.

Richtig ist sicherlich, daß soziale Erfordernisse dem Begriff der öffentlichen Ordnung unterfallen können, wenn sie als unerläßliche Faktoren eines gedeihlichen Zusammenlebens anzusehen sind. Richtig ist auch, daß der durch die Gefahrenabwehr zu sichernde Rechtsgüterbestand seit den Anfängen des normierten Polizeirechts durch den Ausbau des Wohlfahrtsstaats und die Verfassungsgarantien gewachsen ist. Wie bereits oben am Beispiel der Mindestgarantien für Wohnraum und Arbeitsstätten gezeigt, hat sich die Grenze zwischen Wohlfahrtsaufgaben und Gefahrenabwehr im Laufe der Zeit verschoben. Dadurch allein ist es aber noch nicht gerechtfertigt, sämtliche sozial- und wohlfahrtspflegerischen Erfordernisse der Bauordnung in die Gefahrenabwehr und insbesondere den Begriff der öffentlichen Ordnung einzugliedern.[1)]

Es ist bereits systematisch unhaltbar, die gesetzlich in der BO niedergelegten Anforderungen als Bestandteil der öffentlichen Ordnung anzusehen, da diese gerade dahingehend definiert ist, daß sie die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln umfaßt.

Im übrigen trifft es auch nicht zu, daß die sozialen Anforderungen an Bauwerke nach den herrschenden Anschauungen als unerläßlich für ein gedeihliches Zusammenleben angesehen werden.[2)]

---

1) im Ergebnis so auch Friauf, in "Bes. VerwR" S.405, Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert a.a.O., § 1, Rdnr.21

2) vgl Definition der öffentlichen Ordnung oben III 1.3.

Es soll nur daran erinnert werden, daß Straßen, Arbeit-, Büro- und Wohngebäude erst allmählich und in jüngster Zeit den Bedürfnissen Behinderter angepaßt werden - wie dies die BO verlangt.[1] Ebenso können Kinderspielplätze oftmals nur gegen den Willen der Anwohner angelegt werden, die sich gegen mutmaßliche Lärmbelästigungen zur Wehr setzen.

Ein Einbezug der planerischen Gesichtspunkte in die "öffentliche Sicherheit und Ordnung" wäre nur möglich, wenn man den Begriff der Gefahrenabwehr neu faßt. Man mag mit einer derartigen Ausweitung des Begriffs zwar erreichen, daß Art. 3 bayBO als Generalklausel sämtliche speziellen Einzelregelungen der BO umfaßt. Diese systematische Einheit ist aber nur auf Kosten der begrifflichen Klarheit zu erreichen. Die Vorteile dieses Vorgehens können auch die Vertreter des weiten baurechtlichen Ordnungsbegriffs nicht aufzeigen.

In Niedersachsen (§ 1 nsBO) und Rheinland-Pfalz (§ 4 rhpfBO) wird die Sorge für wohlfahrtsrechtliche Aufgaben bereits in den Generalklauseln berücksichtigt. Näheres hierzu unten 1.2.1.3.

---

1) Erst in jüngster Zeit werden in den Städten teilweise die Randsteine abgesenkt für Rollstuhlfahrer, Treppen in öffentlichen Gebäuden vermieden etc. In ganz München existiert zB. nur eine öffentliche Toilette, die für Rollstuhlfahrer geeignet ist vgl Münchner Stadtrundschau v. 14.8.80 vgl auch Ausschußbericht Sp. 7537,7542 ff über die Beratungen des Landtags v. Nieders. anläßl. des Erlasses der nsBO

b) Belästigungen und Nachteile

Nach Art. 3 bayBO ist Aufgabe der BAB die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Der das gesamte Ordnungsrecht bestimmende Gefahrenbegriff ist - wie bereits gezeigt - von den ordnungsrechtlich unbeachtlichen Belästigungen abzugrenzen.
Demgegenüber stellen einige Einzelvorschriften der bayBO die weitergehende Anforderung, daß bestimmte bauliche Anlagen keine unzumutbare oder vermeidbare Belästigung für die Umgebung darstellen dürfen bzw. daß keine vermeidbaren oder erheblichen Nachteile auftreten dürfen.[1] In diesen Einzelfällen werden im Verhältnis zur Generalklausel die materiellen Anforderungen an die öffentliche Sicherheit und Ordnung zum Teil verschärft.[2]

---

1) vgl die Bestimmungen über: Baustellen Art. 13 I bayBO, Schutz gegen andere Einwirkungen, Art. 18 I bayBO, Rauchkamine Art. 46 III bayBO, Stellplätze und Garagen Art. 62 V bayBO, Gärfutterbehälter Art. 65 bayBO, Ställe Art. 64 bayBO, Abwasserbeseitigung Art. 55 IV,V bayBO, Bauliche Anlagen und Räume besonderer Art oder Nutzung Art. 66 I bayBO

2) Koch-Molodovsky a.a.O. Art 3 Anm. 2.1.2.; Mang-Simon a.a.O. Art. 3 Rdnr: 20

Während unter einer Gefahr im ordnungsrechtlichen Sinne die Möglichkeit eines Schadenseintritts an einem geschützten Rechtsgut zu verstehen ist, d.h. die Möglichkeit einer unmittelbaren und objektiven Minderung der Güter und Werte der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, stellen Nachteile und Belästigungen nur geringere Beeinträchtigungen der Schutzgüter dar.[1] Das bedeutet, daß bereits bei geringeren Abweichungen vom Zustand der "Guten Ordnung" von den Behörden eingegriffen werden kann.

Von Scheerbarth,[2] Rößler[3] und Förster[4] wird die Ansicht vertreten, in der Nennung der bloßen Belästigungen und Nachteile liege keine Erweiterung der ordnungsrechtlichen Aufgabe der Gefahrenabwehr.

Scheerbarth und Rößler (im Anschluß an ersteren) verweisen darauf, daß sich infolge der Zusammenballung vieler Menschen auf engem Raum und infolge der Änderung sozialer Anschauungen vieles als Gefahr für die öffentliche Ordnung herausgebildet hat, was früher nur eine bauordnungsrechtlich unbeachtliche Belästigung war.

---

1) vgl oben III 1.1.

2) Scheerbarth, Das allg. Bauordnungsrecht § 76 S. 160

3) Rößler a.a.O. § 3 Anm. 1c zu § 3 bwBO

4) Förster/Schmidt/Grundei/Willert a.a.O. Anm. zu § 3 blnBO

Wenn im Gesetz der Schutz vor Belästigungen und Nachteilen ausdrücklich erwähnt wird, so solle dies nur ein Hinweis auf die im Laufe der Zeit erfolgte "Erweiterung" des Ordnungsbegriffs darstellen, es solle dabei aber nicht der Gefahrbegriff beiseite geschoben und die Abgrenzung von rechtlich unbeachtlichen Belästigungen und relevanten Gefahren verwischt werden. Scheerbarth meint also mit anderen Worten, daß dort, wo im Gesetz Belästigungen und Nachteile erwähnt sind, nur die bereits zur Gefahr (für die öffentliche Ordnung) erstarkten Beeinträchtigungen angesprochen seien. Er begründet diese Meinung damit, daß der Maßstab der Anforderungen an bauliche Anlagen in den besonderen Bestimmungen der Bauordnungen mit dem Maßstab der allgemeinen Anforderungen des § 3 übereinstimmen müßte. In der umfassenden Regelung des § 3 sei aber nur von "Gefahr" die Rede.[1] Diese Argumentation kann nicht überzeugen. Scheerbarth stützt dabei nur eine These (Gefahr = Belästigung) mit der weiteren unbewiesenen Behauptung von der Ausschließlichkeit der Generalklausel als umfassende Aufgabennorm.

Auch Förster kommt zu der Schlußfolgerung, die Erwähnung unzumutbarer Belästigungen etc. erweitere für die BAB nicht den Aufgabenbereich über die klassische

---

1) Scheerbarth a.a.O.: "Andernfalls hätte auch die baurechtliche Generalklausel des § 3 den Schutz vor Belästigungen nicht ganz verschweigen dürfen".

Gefahrenabwehr hinaus. Seiner Meinung nach gehört die Abwehr von Belästigungen, insbesondere durch ungewöhnliche Geräusche und Erschütterungen, üble Gerüche und Dünste, starke Rauch- und Rußentwicklung und Einwirkungen ähnlicher Art, die nach gewandelter Anschauung heute unzumutbar erscheinen und sich einer Gesundheitsgefährdung annähern, bereits zur Sorge für die öffentliche Ordnung.

Dieser Aussage kann im Ergebnis zugestimmt werden, soweit sie sich auf unzumutbare Belästigungen beschränkt.
Die öffentliche Ordnung, der Förster ohne nähere Begründung die Abwehr von Belästigungen zurechnen will, ist definiert als die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren Beachtung nach den jeweiligen herrschenden Auffassungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Miteinander der Menschen angesehen wird. Nun kann zwar der Fall eintreten, daß Einwirkungen, die in ihrer Intensität noch nicht ausreichen, um einen Eingriff in die öffentliche Sicherheit darzustellen, das "gedeihliche Miteinander" bereits stören. Daraus darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß die Abwehr belästigender Einwirkungen ohne weitere Prüfung dem Schutz der öffentlichen Ordnung zuzurechnen sei. Auch das Eingreifen zum Schutz der öffentlichen Ordnung verlangt zunächst das Vorliegen einer Gefahr, und zwar für das "gedeihliche Miteinander" der

Menschen. Nur dann, wenn eine Belästigung der Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit zusammenfällt mit einer Gefahr für die öffentliche Ordnung, ist der Bereich der klassischen Gefahrenabwehr noch nicht verlassen. Die Abwehr derartiger Einwirkungen ist dann auch vom Aufgabenbereich des Art. 3 bayBO erfaßt.

Fraglich ist nun, ob nicht die in der bayBO beachtlichen Belästigungen faktisch immer eine Gefahr für das gedeihliche Zusammenleben darstellen. Hier soll nach den unterschiedlichen Nachteils- und Belästigungsgraden differenziert werden.

Die bayBO erwähnt vermeidbare Nachteile und Belästigungen (Art. 13 I, 17 III, 18 I), erhebliche Nachteile (Art. 46 III, 55 IV,V, 62 V, 65,66 I) und unzumutbare Belästigungen (Art. 64). Diese Begriffe können nicht synonym verwendet werden. Der Blickwinkel und damit der Beurteilungsmaßstab ändert sich je nachdem, ob von vermeidbaren oder von erheblichen bzw. unzumutbaren Belästigungen oder Nachteilen die Rede ist. Um zu beurteilen, ob eine Belästigung vermeidbar ist, ist die Situation dessen, von dem die bauliche Maßnahme ausgeht, zu würdigen. Ob Erheblichkeit oder Unzumutbarkeit vorliegt, kann sich hingegen nur nach den Verhältnissen des Beeinträchtigten richten.

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Belästigung bzw. ein Nachteil bereits eine Gefahr für das gedeihliche Miteinander

darstellt, kann es nur darauf ankommen, wie sich die Maßnahme auf die jeweils Belästigten auswirkt. Wird das Maß dessen überschritten, was von den Betroffenen nach herrschender Auffassung zu dulden ist, ist eine Gefahr für das gedeihliche Zusammenleben zu bejahen. Dies ist freilich immer dann der Fall, wenn von einer baulichen Maßnahme unzumutbare Belästigungen ausgehen. Was unter Unzumutbarkeit in diesem Zusammenhang zu verstehen ist, ist im Gesetz nicht definiert. Es muß daher auf allgemeine Wertmaßstäbe zurückgegriffen werden. Bereits der Wortlaut indiziert, daß Belästigungen dann als unzumutbar anzusehen sind, wenn sie von einzelnen nicht hingenommen werden müssen. Soweit derartige Beeinträchtigungen nicht bereits gegen gesetzliche Vorschriften und damit gegen die öffentliche Sicherheit verstoßen, überschreiten sie jedenfalls das Maß dessen, was nach der herrschenden Vorstellung über die gegenseitige Rücksichtnahme der Menschen zu dulden ist. Es ist dabei auf die Stärke und die Dauer der Störung im Einzelfall sowie auf das Maß des jeweils Ortsüblichen abzustellen.[1)] Muß Unzumutbarkeit bejaht werden, so liegt ein Verstoß gegen diejenigen Normen vor, die das gedeihliche Zusammenleben sichern sollen.

Dasselbe gilt für erhebliche Nachteile und Belästigungen. Hier kann zur Klärung des Begriffs die Rechtsprechung zum BImSchG herangezogen werden. Im BImSchG stellt sich die vorliegende Problematik gleichermaßen,

---

1) Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert a.a.O. Rdnr. 18 zu § 1 nsBO

denn im Immissionsschutzrecht, das ebenfalls eine Spezialmaterie des Ordnungsrechts ist, gilt zum einen der hergebrachte ordnungsrechtliche Gefahrbegriff, zum anderen schreibt das Gesetz - darüberhinausgehend - den Schutz vor erheblichen Nachteilen und Belästigungen vor.[1] Nach der Rspr. des BVerwG[2] sind Nachteile (und Belästigungen) dann erheblich, wenn sie das übliche und zumutbare Maß überschreiten. Die erheblichen Nachteile fallen somit mit den unzumutbaren Nachteilen zusammen, es gilt auch für sie das soeben Ausgeführte.

Anders müssen die vermeidbaren Belästigungen und Nachteile beurteilt werden. Hier kommt es nicht primär darauf an, was den Beeinträchtigten zugemutet werden kann, sondern was dem Störer, insbesondere unter Berücksichtigung des Stands der Technik, abverlangt werden kann. Vermeidbare Störungen sind nach dem Gesetzeswortlaut bereits immer dann zu verhindern, wenn es zu Beeinträchtigungen irgendeiner Art kommt. Da nicht ausdrücklich erhebliche oder unzumutbare Belästigungen verlangt werden, genügen auch leichtere Belästigungen. Maßnahmen gegen vermeidbare Belästigungen bzw. Nachteile können daher bereits angezeigt sein, wenn keine Gefahr für die öffentliche Ordnung vorliegt.[3]

---

1) Ule, Kommentar zum BImSchG Bd.1 § 3 Rdnr. 4

2) BVerwG DVBl 77,770 f.

3) aA. Mang-Simon, a.a.O. Art. 17 Rdnr. 11, der ohne weitere Begründung und ohne näheren Hinweis bei Art. 17 III von der Notwendigkeit erheblicher Belästigungen ausgeht. Möglicherweise berücksichtigt er die Änderung des Gesetzeswortlauts nach der Neuverkündung vom 1.10.74 nicht. S. nächste Seite.

Umgekehrt sind allerdings auch erhebliche Beeinträchtigungen hinzunehmen, soweit sie technisch nicht vermeidbar sind.

Diese soeben aufgezeigte Auslegung der Begriffe Vermeidbarkeit und Erheblichkeit ergibt sich aus dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften. Daneben deutet auch die historische Entwicklung der bayBO an, daß es gerechtfertigt ist, die Vermeidbarkeit von Belästigungen, unabhängig von der Schwere der Beeinträchtigung, für andere zu beurteilen. Bei der Neubekanntmachung der bayBO vom 1.10.74[1] wurde in Art. 13 I, 17 III und 18 I ausdrücklich das Erfordernis des erheblichen Nachteils gestrichen. In der Fassung des Gesetzes vom 21.08.69 [2] hieß es noch in Art. 13:

> "... keine erheblichen Gefahren oder erhebliche vermeidbare Nachteile ...",

in Art. 17 III:

> " ... keine erheblichen Gefahren oder Nachteile ..."

und in Art. 18 I:

> " ... erhebliche Gefahren oder Nachteile".

In allen drei Vorschriften ist in der derzeit gültigen Gesetzesfassung nur von vermeidbaren Nachteilen oder vermeidbaren Belästigungen die Rede. Dies zeigt, daß der Gesetzgeber die neuen Begriffe ganz bewußt in das Gesetz aufgenommen hat, zumal es in anderen Vorschriften der Bauordnung unverändert "erhebliche" oder "unzumutbare Nachteile" heißt.

---

1) GVBl 1974 S. 115

2) GVBl 1969 S. 263

Daß in der Gesetzgebung gerade im Bereich des Immissionsschutzes auf Baustellen (Art. 13 bayBO) zwischen erheblichen, vermeidbaren oder einfachen Belästigungen unterschieden wurde, macht auch § 2 des - inzwischen vom BImSchG abgelösten[1] - Gesetzes zum Schutz gegen Baulärm vom 9.9.65 deutlich, in dem es heißt:

> Wer Baumaschinen betreibt, hat dafür zu sorgen, daß
> 1. Geräusche der Baumaschinen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind
> 2. Vorkehrungen getroffen werden, die die Ausbreitung unvermeidbarer Geräusche von der Baustelle auf ein Mindestmaß beschränken,
>
> soweit dies erforderlich ist, um die Allgemeinheit vor Gefahren, erheblichen Nachteilen oder erheblichen Belästigungen zu schützen.
>
> (Hervorhebungen v.Verf.)

Die Auswirkung dieser Vorschrift ging letzten Endes zwar auch nur dahin, daß erhebliche Belästigungen und Nachteile zu verhindern waren. Begrifflich läßt sich aus der Bestimmung aber ablesen, daß nicht jede vermeidbare Belästigung an erhebliche Beeinträchtigungen gekoppelt sein müßte. Wenn dagegen die BO, die den Begriff der erheblichen Belästigungen ebenfalls kennt, in Art. 13 I in Abkehr von der früheren Gesetzesfassung ausschließlich von vermeidbaren Belästigungen spricht, so kann davon ausgegangen werden, daß der Immissionsschutz auf Baustellen bewußt verstärkt werden sollte. Das gilt ent-

---

1) Das BImSchG stimmt inhaltlich mit dieser Vorschrift überein, es verwendet aber den Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen, der in der BO nicht geläufig ist und kann daher zu einer Begriffsklärung weniger beitragen als das bereits außer Kraft gesetzte Gesetz zum Schutz gegen Baulärm. Die schädlichen Umwelteinwirkungen sind im BImSchG definiert als Immissionen, die geeignet sind Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen herbeizuführen, § 3 I BImSchG.

sprechend für Erschütterungen, Schwingungen oder Geräusche, die von ortsfesten Einrichtungen (Anlagen und Geräten) in baulichen Anlagen oder auf Baugrundstücken ausgehen (Art. 17 III bayBO) und für sonstige Einwirkungen durch bauliche Anlagen, wie Strahlen, Gerüche, Gase, Staub, Dämpfe, Rauch, Ruß, Flüssigkeiten, Abwässer und Abfälle (Art. 18 I). Die bayBO liefert also über das BImSchG hinausgehend eine zusätzliche Handhabe gegen vermeidbare Belästigungen auf Baustellen und durch ortsfeste Anlagen in baulichen Anlagen, sowie durch sonstige Einwirkungen, die von baulichen Anlagen ausgehen, auch wenn diese noch keine erheblichen Beeinträchtigungen und damit noch keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen.

Für die bayBO kann im Ergebnis festgehalten werden, daß Einzelvorschriften, die auf unzumutbare oder erhebliche Belästigungen bzw. Nachteile abstellen, über die Aufgabe der klassischen Gefahrenabwehr nicht hinausgehen. Denn es kann davon ausgegangen werden, daß derartig intensive Störungen eine Gefahr für die öffentliche Ordnung bedeuten.

Der Aufgabenbereich der reinen Gefahrenabwehr ist aber dort erweitert, wo die bayBO vermeidbare Belästigungen bzw. Nachteile sanktioniert. Diese müssen nicht in jedem Fall eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen - wenngleich es freilich der Fall sein kann. Nicht unerwähnt bleiben soll auch, daß in den Spezialvorschriften, die maßgeblich auf den Begriff der Vermeidbarkeit abstellen, gegen unvermeidbare Störungen selbst dann nicht eingeschritten werden kann, wenn eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegt.

Die Bauordnungen von Hamburg, Hessen und Niedersachsen führen den Schutz vor unzumutbaren Belästigungen und Nachteilen bereits in der Generalklausel auf. Nach dem oben Gesagten handelt es sich dabei lediglich um ein Regelbeispiel der öffentlichen Ordnung, soweit der Schutz gegen die Belästigungen nicht bereits spezialgesetzlich geregelt ist (für Immissionen zB. im BImSchG), und damit einen Teilbereich der öffentlichen Sicherheit darstellt. (Vgl. auch unten IV 1.2.1.3.)

c) Nichtbauliche Anlagen

Sowohl Art. 78 II 1 bayBO als auch Art. 3 bayBO beschränken ihren Regelungsbereich auf bauliche Anlagen. In dieser Hinsicht scheint die materielle Generalklausel den formellen Aufgabenbereich der BAB umfassend auszufüllen.

Der Anwendungsbereich der gesamten BO erstreckt sich aber gem. Art. 1 bayBO neben den baulichen Anlagen auch auf Baugrundstücke sowie "andere Anlagen und Einrichtungen, an die nach diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes Anforderungen gestellt werden". Hierunter fallen nichtbauliche Werbeanlagen (Art. 12 II bayBO), lebende Hecken als Einfriedungen (Art. 9 III bayBO), Kinderspielplätze, soweit sie keine baulichen Anlagen sind (Art. 7 bayBO), Grünflächen, Bäume und Sträucher (Art. 8 a bayBO), und Abfallbehälter (Art. 57 bayBO). Zwar werden an Baugrundstücke im Rahmen der Generalklausel des Art. 3 bayBO allgemeine Anforderungen gestellt, nämlich in Art. 3 III. Insoweit erfüllt Art. 3

also die Funktion als materielle Grundnorm (die Einschränkungen von oben a) und b) bleiben freilich unberührt), es fehlt aber für die Baugrundstücke an einer formellen Kompetenzzuweisung für die BAB in Art. 78. Die nichtbaulichen Anlagen wiederum sind weder in die Generalklausel noch in die formelle Aufgabenzuweisung des Art. 78 II 1 miteinbezogen.

Die Praxis hat diese Schwierigkeit einhellig dadurch gelöst, daß sie Art. 78 II erweiternd auslegt und die Überwachungsaufgabe der BAB auf den gesamten Regelungsbereich der bayBO erstreckt.[1] Daß Art. 78 nur die baulichen Anlagen anspricht, sei ein redaktionelles Versehen.[2]

Diese Lösung führt zu vernünftigen und praktikablen Ergebnissen. Sie soll an dieser Stelle nicht in Frage gestellt werden.

Schließt man sich dieser Auffassung nicht an, so müßte man für diejenigen Maßnahmen, die von der formellen Zuständigkeitsklausel nicht gedeckt sind, die Kompetenz der allg. Sicherheitsbehörden[3] annehmen, was zu erheblichen, vom Gesetzgeber sicherlich nicht beabsichtigten Komplikationen führte.

---

1) für viele: Mang-Simon a.a.O. Art. 78 Rdnr. 7

2) diese sprachliche Ungenauigkeit der MustBO, die u.a. von der bayBO übernommen wurde, ist in den BOen von Bad-Württ., Hambg., Rheinl.-Pf. und Schlesw.-Hol. im Sinne einer umfassenden Aufgabenzuweisung an die BAB bereinigt.

3) in Bayern wäre zudem die Eingriffsmöglichkeit im Verhältnis zur Generalklausel verengt auf die Ermächtigungen des LStVG, für das das Prinzip der Spezialermächtigungen gilt.

Abgelehnt wird die erweiternde Auslegung allerdings für die materiellen Anforderungen des Art. 3 bayBO. Sie sind für nichtbauliche Anlagen unmaßgeblich. An diese Anlagen werden materielle Anforderungen nur nach Maßgabe der gerade auf sie bezogenen speziellen Regelungen gestellt. Eingriffsmöglichkeiten für die BAB eröffnen sich - formell und materiell - nicht durch die Generalklausel, sondern nur durch die Sondervorschriften über nichtbauliche Anlagen und Einrichtungen.[1)]

1.1.2. Art 3 bayBO als Befugnisnorm

Zum Begriff der Befugnisnorm vgl oben III 2.3.1. Die Literatur zur bayBO geht vielfach davon aus daß Art. 3 selbst Rechtsgrundlage für Einzelmaßnahmen sein kann.[2)]

1.1.2.1. Art. 3 bayBO für sich genommen

Dem Wortlaut nach stellt Art. 3 bayBO keine Eingriffsbefugnis dar. Als Befugnisnorm müßte er eine über die Aufgabenbeschreibung hinausgehende Anordnung an eine bestimmte Person oder Stelle enthalten, unter bestimmten Voraussetzungen eine bestimmte Maßnahme zu treffen.[3)] Diese Voraussetzungen sind sämtliche nicht gegeben. Es fehlt an einem konkreten Adressaten ebenso wie an der Anweisung, bestimmte Rechtshandlungen vorzunehmen.

---

1) Mang-Simon a.a.O. Art. 3 Rdnr. 4, Art. 1 Rdnr. 5

2) Koch-Molodovsky a.a.O. Art. 3 Anm. 1;
Mang-Simon a.a.O Art. 3 Rdnr. 4;
Drews/Wacke/Vogel/Martens II § 6, 2 d

3) vgl oben III 2.3.1.

1.1.2.2. Art. 3 bayBO iVm Art. 78 II 2 und 78 II 1 bayBO

Eine ausdrückliche Befugnis zum Eingriff in private Rechte enthält hingegen Art. 78 II 2 bayBO. Dort heißt es:

> "Sie (i.e. die Baubehörden) haben in Wahrnehmung dieser Aufgaben (i.e. die im vorhergehenden Abschnitt unter 1.1.1. beschriebenen Aufgaben) die erforderlichen Maßnahmen zu treffen."

Allein ist aber auch Art. 78 II 2 bayBO keine vollständige Befugnisform. Für die Eingriffsvoraussetzungen wird mit der Wendung "in Wahrnehmung dieser Aufgaben" auf den bereits erörterten Aufgabenbereich der BAB verwiesen, so wie er in Art. 78 II 1 bayBO dargestellt ist. Wie im vorhergehenden Abschnitt (unter IV 1.1.1.2. b) cc)) festgestellt wurde, beinhaltet Art. 78 II 1 bayBO nur die formelle Aufgabenabgrenzung. Zur inhaltlichen Ausfüllung sind materielle öffentlichrechtliche Normen heranzuziehen. Als allgemein gefaßte materielle Norm, die den gesamten Bereich der Gefahrenabwehr umfaßt, kommt - wie gezeigt - Art. 3 bayBO in Frage.

Nach dieser Ableitung erhält man als Eingriffsgrundlage für die BAB die Verweisungskette

Art. 78 II 1, 78 II 2, 77, Art. 3 bayBO

Sie stellt eine Generalermächtigung für Eingriffsmaßnahmen zum Schutz der gesamten öffentlichen Sicherheit und Ordnung dar. Dies entspricht genau der polizeilichen Generalklausel nach preußischem Muster.

Anderer Ansicht sind Weinisch/Wambsganz/Baumgartner/Wiebel.[1] Sie vertreten die

---

1) Kommentar zur bayBO Art. 3 Ziff. 2.1. S. 69

Meinung, der unbestimmte Rechtsbegriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung könne nicht zu Rechtseingriffen berechtigen, da Eingriffe der BAB nur unter ganz bestimmten, gesetzlich festgelegten Voraussetzungen zulässig seien. Belastende Maßnahmen für die Bürger könnten die BAB nur dort treffen, wo eine Spezialermächtigung vorliege. Daß die Ansicht, der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sei nicht rechtsstaatlich bestimmt genug, nicht haltbar ist, wurde bereits oben (III 2.1.) erörtert. Weinisch/Wambsganz/Baumgartner/Wiebel scheinen im übrigen zu übersehen, daß die BO selbst in Art. 78 II 2 bayBO die allgemeine Befugnis für Rechtseingriffe zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erteilt. Auch Art. 78 II 3 bayBO könnte nach der gerade beschriebenen abweichenden Ansicht wegen Unbestimmtheit nicht als Befugnisnorm fungieren. Damit würde die Vorschrift überflüssig. Auf die Funktion des Art. 78 II 2 gehen Weinisch/Wambsganz/Baumgartner/Wiebel nicht näher ein. Ebenso wenig halten sie bei der Kommentierung des Art. 78 ihr Verdikt der teilweisen Verfassungswidrigkeit aufrecht.[1)]

Zwischenergebnis zu 1.1.2.2.

Im Endeffekt ist es richtig, wenn verschiedene Kommentatoren Art. 3 als eigenständige Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen bezeichnen. Die Behauptung ist lediglich insofern ungenau, als Art. 3 für sich gelesen eine nur materielle Rechtsnorm ist. Korrekterweise müßten die Art. 78 II, 77 mitzitiert werden. Die Voraussetzungen der Eingriffs-

1) vgl. a.a.O. Anm. 1 zu Art. 78

maßnahmen richten sich aber letzlich nach der materiellen Norm, so daß diese als die tragende Grundlage von belastenden Verwaltungsakten angesehen werden kann.

Der eigenständige bayerische Weg der Spezialermächtigungen im Sicherheitsrecht wurde im Bauordnungsrecht mit der Übernahme der Formulierungen der MusterBO in die bayBO aufgegeben. Wie die vorliegende Analyse zeigt, läßt er sich auch nicht durch eine spezifisch bayerische Interpretation aufrechterhalten. Der Versuch einer Aufspaltung in Aufgaben und Befugnisse der BAB führte lediglich zu einem inhaltsleeren Spiel mit Worten, da es sich hier um den bereits erörterten Fall handelt, bei dem sich Aufgaben- und Befugnisbereich decken (III 2.3.2.). Da in der bayBO die materiellen und formellen Aufgaben bzw. Befugnisse an getrennter Stelle aufgeführt sind, und da in Art. 78 systematisch zwischen Aufgaben und Befugnissen unterschieden wird, wurde die Übernahme des "außerbayerischen" Polizeirechtsdenkens nicht augenscheinlich. So ist es wohl zu erklären, daß dieser systematische Bruch in der Lit. nicht weiter erörtert wurde.

1.1.2.3. Umfang der aus Art. 3 bayBO iVm Art. 78 II 1 und 2 bayBO abgeleiteten Befugnisse

Wie bereits oben im Rahmen der Erörterung der Funktion des Art. 3 als Aufgabennorm, soll auch hier klargestellt werden, ob der gesamte von den BAB zu überwachende Bereich durch die Generalermächtigung aus Art. 3 iVm Art. 78 II 1 und 2 bayBO abgedeckt ist.

Die formelle Ermächtigungsnorm des Art. 78 II 2 verweist hinsichtlich des Eingriffsrahmens auf Art. 78 II 1 iVm materiellen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, also auf dieselben Normen, die bereits oben unter dem Gesichtspunkt "Art. 3 als Aufgabennorm" untersucht wurden.
Dabei wurde bereits festgestellt, daß Art. 3 nur eine der möglichen materiellen Normen ist. Ihm war im Ergebnis die Funktion einer materiellen Generalklausel zuzuweisen, die jedoch folgende Bereiche nicht umfaßt: Sozial- und Wohlfahrtsaufgaben, evtl. vermeidbare Belästigungen für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie nichtbauliche Anlagen. Diese Begrenzungen gelten unverändert auch für den Fall, daß Art. 3 als Teil einer selbständigen Rechtsgrundlage für bauaufsichtliche Maßnahmen herangezogen wird.

1.1.3. Zusammenfassung zu 1.1.

1.

Im bayerischen Sicherheitsrecht wird traditionell zwischen Aufgaben und Befugnissen der Behörden unterschieden.

2.

Eine Auslegung des Art. 3 bayBO anhand dieser Kategorien ergibt:

a) Die Bestimmung des Aufgabenbereichs der BAB erfolgt in der bayBO durch Art. 78 II 1 iVm materiellen öffentlichrechtlichen Normen. Zu diesen Normen gehört auch Art. 3 als materielle Generalklausel für den Bereich der Gefahrenabwehr. Art. 3 fungiert somit als eine materielle Komponente

der kombinierten Aufgabennorm für die BAB.

Art. 3 umschreibt den Aufgabenbereich nicht vollständig. Soweit das Bauordnungsrecht den BAB Spezialbefugnisse zur Verwirklichung von Sozial- und Wohlfahrtsaufgaben, zum Eingriff bei vermeidbaren Belästigungen für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie zur Überwachung nichtbaulicher Anlagen verleiht, wird der von der Generalklausel erfaßte Aufgabenbereich überschritten.

b) Die Befugnisse der BAB sind in Art. 78 II 2, 78 II 1 iVm materiellen öffentlichrechtlichen Vorschriften niedergelegt.

Von der generellen Verweisung auf materiellrechtliche Vorschriften wird auch Art. 3 erfaßt.

In Verbindung mit Art. 78 II 2 und 1 wirkt die Generalklausel des Art. 3 als Generalermächtigung im Bereich der Gefahrenabwehr.
Dies entspricht der Funktion, die die polizeiliche Generalklausel für die allgemeinen Ordnungsbehörden im außerbayerischen Raum besitzt. Der traditionelle bayer. Weg der Spezialermächtigungen im Sicherheitsrecht ist damit für das Bauordnungsrecht durchbrochen.

Art. 3 stellt iVm Art. 78 II 2 und 1 aber keine Auffangnorm für den gesamten Kompetenzbereich der BAB dar. Ausgenommen sind auch hier Eingriffe im Bereich der

Sozial- und Wohlfahrtsaufgaben, bei vermeidbaren Belästigungen für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und Maßnahmen zur Kontrolle nichtbaulicher Anlagen. Hierfür gibt es lediglich Spezialbefugnisse.

3.

Der Umfang des in der bayBO für die BAB festgelegten Aufgabenbereichs deckt sich mit dem des Befugnisbereichs, da in den Befugnisnormen auf die Aufgabennormen Bezug genommen wird. Eine Unterscheidung zwischen Aufgaben und Befugnissen ist insoweit überflüssig.

1.2. Bedeutung der §§ 3 der BOen in den übrigen Bundesländern (einschl. Berlin) als Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen der Bauaufsichtsbehörden im Einzelfall

1.2.1. § 3 als Aufgabennorm

Da die §§ 3 der Bauordnungen aller Bundesländer inhaltlich im wesentlichen übereinstimmen, werden sie im folgenden gemeinsam behandelt. Dort, wo durch Abweichungen im Wortlaut unterschiedliche Beurteilungen erforderlich werden, wird im Einzelfall nach Ländern aufgegliedert. Obwohl die allgemeinen Anforderungen in Niedersachsen nicht in § 3, sondern in § 1 nsBO aufgeführt sind, wird die Generalklausel immer dann, wenn es auf die konkrete Ausgestaltung nicht ankommt, zur Vereinfachung als "§ 3" bezeichnet werden. Hiervon ist dann auch die Rechtslage in Niedersachsen erfaßt.

Es bleibt noch zu prüfen, welche Rolle § 3 in den übrigen Bundesländern spielt.

In der Kommentarliteratur wird er weitgehend ohne Begründung mit der polizeilichen Generalklausel verglichen.[1] Ist diese Ansicht zutreffend, müßte die Vorschrift dazu geeignet sein, als umfassende, subsidiäre Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen der BAB zu fungieren.

Wie gezeigt[2] liegt nach dem ordnungsrechtlichen Verständnis aller übrigen Bundesländer außer Bayern bereits dann eine ausreichende Eingriffsgrundlage vor, wenn den handelnden Behörden ein fest umrissener Aufgabenbereich zugewiesen wird. Die Ermächtigung, Maßnahmen zur Erfüllung der Aufgaben zu treffen, ergibt sich inzident aus der Aufgabenbestimmung. Eine gesonderte Prüfung, inwieweit § 3 über die Aufgabenfestlegung hinaus auch Eingriffsbefugnisse verleiht, erübrigt sich im folgenden.

1.2.1.1. § 3 für sich genommen

Zur näheren Untersuchung, ob § 3 den Anforderungen an eine Aufgabennorm genügt, kann weitgehend auf die zu Art. 3 bayBO erzielten Ergebnisse zurückgegriffen werden. Nach dem hierbei entwickelten Schema[3] sind an eine Aufgabennorm folgende inhaltliche Anforderungen zu stellen:

---

1) vgl zB Förster/Schmidt/Grundei/Willert a.a.O. blnBO: § 3 Anm. 1b; Gädtke a.a.O. Anm. zu § 3 Abs. 1 nwBO; Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert a.a.O. zu § 1 nsBO Rdnr. 2; Hambeck/Alexejew hmbBO Einf.10 zu § 3

2) oben III 2.2.1.

3) oben IV 1.1.1.1.

aa) Kompetenzzuweisung
bb) Bestimmung des angestrebten Sollzustandes
cc) Anweisung an die Behörde unter aa), den unter bb) genannten Zustand zu gewährleisten
dd) normrelevante Abweichung

Zur Erklärung der einzelnen Punkte wird auf die frühere Darstellung verwiesen.
Zu den lit. aa) bis cc) enthalten die §§ 3 der BOen die gleiche Aussage wie Art. 3 bayBO. Das heißt, sie beschreiben zwar einen materiell anzustrebenden Sollzustand, wobei entsprechende Anforderungen für Bauwerke aufgestellt werden, es wird aber keine Behörde genannt, die für die Überwachung der Bautätigkeit zuständig ist. Die nach lit. aa) erforderliche Kompetenzzuweisung fehlt in allen Generalklauseln. Konsequenterweise muß damit auch die nach lit. cc) zu treffende Anweisung an eine zuständige Behörde entfallen.
Allein auf § 3 kann behördliches Vorgehen also nicht gestützt werden, denn eine rechtsstaatlichen Erfordernissen entsprechende Eingriffsgrundlage muß klar angeben, von wem die Maßnahmen zur Durchsetzung materiellrechtlicher baulicher Anforderungen ergriffen werden können.

1.2.1.2. <u>§ 3 iVm einer formellen Kompetenzzuweisungsnorm</u>

Für die bayBO wurde bereits entwickelt, daß zwar Art. 3 für sich gelesen keine wirksame Aufgabennorm darstellt, daß er aber als materieller Bestandteil einer kombinierten Aufgabennorm aufgefaßt werden kann.
Die in der bayBO erkannte Aufteilung in materielle Anforderungen an Bauwerke und

allgemeine verfahrensrechtliche Regelungen geht auf die Systematik der MusterBO zurück, die von sämtlichen Landesgesetzgebern übernommen wurde. Entsprechend ergibt auch die Prüfung aller anderen LBOen, daß sie übereinstimmend auf einer geteilten Aufgabennorm aufbauen. Zur Ableitung dieses Ergebnisses wird auf oben IV 1.1.1.2. b) verwiesen.

a) Die formellen Kompetenzzuweisungsnormen

Im einzelnen finden sich die formellen Generalklauseln in den BOen in folgenden Paragraphen:

Baden-Württemberg:

die bwBO spricht nicht von BAB, sondern von Baurechtsbehörden. Es handelt sich aber nur um einen terminologischen, nicht um einen sachlichen Unterschied.
§ 82 I legt fest, welche Stellen der öffentlichen Hand die jeweils zuständigen Baurechtsbehörden sind.
§ 83 I weist den Baurechtsbehörden formell die Vollziehung des Bauordnungsrechts zu. Er entspricht Art. 78 II bayBO.

Bremen:

die entsprechenden Bestimmungen finden sich hier ebenfalls in §§ 82 I und 83 I brBO.

Hamburg:

die hmbBO bezeichnet die Verwaltungsstelle, die die Bauaufsicht wahzunehmen hat, nicht im einzelnen.

Die gesetzliche Bestimmung einer Dienststelle ist auch nicht erforderlich. Da es sich beim Bauordnungsrecht um einen Sonderbereich des allgemeinen Ordnungsrechts handelt, ist eine Dienststelle der Ordnungsbehörden im internen Geschäftsverteilungsplan mit dieser Aufgabe zu betrauen.[1)]

§ 90 enthält die Aufgabenzuweisung. Er legt fest, daß die BAB darüber zu wachen hätten,

> "daß die Vorschriften der BO und der auf sie gestützten Rechtsverordnungen sowie die Anordnungen, die aufgrund dieser Vorschriften getroffen werden, eingehalten werden."

Bei dieser Formulierung wird besonders deutlich, daß es sich bei der Aufgabenzuweisung an die BAB - entsprechend der hier vertretenen Ansicht - lediglich um eine formelle Vorschrift handelt. § 90 stellt erkennbar selbst keine inhaltlichen Anforderungen an Bauwerke, sondern verweist hinsichtlich der einzuhaltenden Baubestimmungen auf die materiellen Regelungen der BO. Zur Klarstellung soll kurz darauf hingewiesen werden, daß auch für die hmbBO Einigkeit darüber besteht, daß von den BAB nicht nur die BO, sondern sämtliche öffentlichrechtlichen Vorschriften zu beachten sind, soweit sie durch bauliche Maßnahmen berührt werden.[2)]

---

1) Wolff/Bachof: III § 136 Rdnr 9 aE: "BAB sind - ungeachtet ihres Namens - weder sämtlich Aufsichtsbehörden noch überhaupt Behörden, sondern unselbständige Organteile (Dienststellen)"

2) Hambeck/Alexejew: Einführung Anm. 11 (zur hmbBO)

Nordrhein-Westfalen:

die BAB werden in § 77 näher erläutert. Inhaltlich besteht Übereinstimmung mit den bayerischen Bestimmungen, vgl dort.

Rheinland-Pfalz:

die entsprechenden Vorschriften sind hier in §§ 67 und 68 enthalten. § 68 beschreibt die formellen Aufgaben der BAB besonders deutlich:

> "die BAB haben dafür zu sorgen, daß die Vorschriften dieses Gesetzes sowie die in anderen Gesetzen und Rechtsverordnungen enthaltenen baurechtlichen Vorschriften eingehalten werden und zu diesem Zweck die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Aufgaben zu treffen."

Hessen:

die entsprechenden Vorschriften finden sich in den §§ 81 II, 82, 83 I.

Niedersachsen:

die maßgeblichen Bestimmungen sind hier in §§ 63 und 65 I.

Saarland:

vgl. hier §§ 83 I und 82 II. Sie entsprechen wörtlich den nordrhein-westfälischen und bayerischen Normen.

Schleswig-Holstein:

vgl. hier §§ 79 und 81 I. § 81 ist ähnlich ausgestaltet wie § 68 rhpfBO.

Zuletzt soll noch auf die blnBO eingegangen werden. Sie enthält eine Besonderheit: ihr fehlt eine formelle Kompetenzzuweisung an die BAB. Das formelle Gegenstück, das die materielle Generalklausel des § 3 zur vollständigen Aufgabennorm ergänzt, ist also außerhalb der BO zu suchen. Da es sich beim Bauordnungsrecht um besonderes Ordnungsrecht handelt, gelten subsidiär die allgemeinen Ordnungsvorschriften.[1] § 101 blnBO stellt dies ausdrücklich klar:

> "Die Vorschriften des Allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsgesetzes vom 11.2.75 (GVBl S.688) bleiben unberührt."

Der Rückgriff auf das allgemeinere subsidiäre Gesetz ist zulässig, wenn das speziellere Gesetz keine abschließende Regelung treffen wollte. Im Einzelfall ist dies durch Auslegung zu ermitteln.
Für die Frage der Zuständigkeit nach der blnBO ergeben sich hier allerdings keine allzugroßen Schwierigkeiten. Der Vergleich mit der MustBO zeigt, daß die blnBO hinsichtlich der Behördenzuständigkeit eine bewußte Lücke gelassen hat.
Förster[2] geht sogar so weit, eine Zuständigkeitsregelung in der Bauordnung für unzulässig zu halten, da die Kompetenzabgrenzung im Ordnungsrecht für Berlin durch allgemeine Zuständigkeitsgesetze geregelt ist. Es widerspräche einem

---

1) Förster/Schmidt/Grundei/Willert, BO für Berlin: § 101 Anm. 1

2) Förster/Schmidt/Grundei/Willert, S. 25 Einführung III

Grundsatz der Gesetzgebung, gegenstandsgleiche Vorschriften in verschiedene Gesetze aufzunehmen. Auch wenn man sich der Ansicht Försters in dieser Schärfe nicht anschließt, muß man es in jedem Fall als zulässig ansehen, für die Zuständigkeitszuweisung an die BAB auf die allgemeinen Ordnungsgesetze zurückzugreifen.[1)]

Im Ergebnis kann festgehalten werden, daß für sämtliche Bauordnungen eine formelle Zuständigkeitsregelung zur Bauüberwachung existiert.

b) § 3 als materielle Aufgabenbestimmung

Um festzustellen, ob § 3 in Verbindung mit der formellen Generalklausel als materieller Bestandteil einer Aufgabennorm angesehen werden kann, bleibt noch zu prüfen, ob § 3 selbst eine wirksame Aufgabenbeschreibung enthält.
Das Ergebnis kann vorweggenommen werden: Hinsichtlich des materiellen Sollzustandes (lt. bb) des obigen Schemas) beziehen sich fast alle BOen übereinstimmend auf die "öffentliche Sicherheit und Ordnung".
Es gilt das zur bayBO Gesagte, vgl oben IV 1.1.1.2. b) bb).

---

1) Nicht in allen Fragen ist eine Rückgriffsmöglichkeit auf das Ordnungsrecht unstreitig. Unterschiedliche Ansichten bestehen insbesondere bei der Problematik, ob neben der materiellen Generalklausel des § 3 noch auf die allgemeine polizeiliche Generalklausel rekurriert werden kann. Diese Frage ist hier nicht zu vertiefen, eine praktische Relevanz dieses Problems ist im übrigen nicht ersichtlich.

Eine Ausnahme macht § 3 bwBO. Dort heißt das bauordnungsrechtliche Schutzgut in der Generalklausel nicht "öffentliche Sicherheit und Ordnung", sondern "Recht oder Ordnung".
Damit folgt die BO der ursprünglich im bad.-württ. Polizeirecht üblichen Formulierung der allgemeinen Gefahrenabwehrklausel. Für das Polizeirecht ist seit 1974 zur Vereinheitlichung die in Deutschland sonst übliche Formel "öffentliche Sicherheit und Ordnung" eingeführt worden. Im Baurecht steht eine Anpassung an die übrigen Bundesländer bislang noch aus. Ein sachlicher Unterschied läßt sich daraus nicht ableiten. Mit der Bezeichnung "Recht und/oder Ordnung" wird in Baden-Württemberg ebenfalls der bloße Bereich der Gefahrenabwehr umschrieben.[1)]

Gewisse Unterschiede im Wortlaut weisen die BOen im Hinblick auf die "normrelevanten Abweichungen" auf.
Während die meisten Bundesländer lediglich den Begriff der Gefahr verwenden, führt Hamburg darüberhinaus "unzumutbare Belästigungen" der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, Hessen "unzumutbare Nachteile und Belästigungen" und Niedersachsen "unzumutbare Belästigungen und Verkehrsbehinderungen" auf.

---

1) Wolff III § 125 I b 2, 3. Auflage;
G.Müller, Bauordnungsrecht für Bad-Württ. S. 23;
Schlez, Kommentar zur bwBO § 3 Rdnr. 5

Um zunächst auf die in § 1 nsBO erwähnten Verkehrsbehinderungen einzugehen:
Die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zählt nach der hM bereits zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit und Ordnung[1]. Die gesonderte Erwähnung in § 1 nsBO ist also nur als beispielhafte Aufzählung der Schutzgüter zu verstehen, ebenso wie in allen BOen der Schutz von Leben und Gesundheit neben der allgemeinen Klausel herausgestellt wird. Eine inhaltliche Abweichung von den übrigen BOen ergibt sich hierdurch für Niedersachsen nicht.

Bereits oben IV 1.1.1.3. b) wurde für die bayBO herausgestellt, daß unzumutbare Belästigungen und Nachteile eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellen. Die gesonderte Erwähnung unzumutbarer Belästigungen bzw. Nachteile in der Generalklausel stellt somit gegenüber der in allen Bauordnungen gebräuchlichen Formulierung ("Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung") keine Ausweitung der normrelevanten Abweichungen dar.

1.2.1.3. Regelungsbereich des § 3 in seiner Funktion als Aufgabennorm

Entsprechend der bayBO erfassen fast[2] alle Generalklauseln der übrigen BOen ebenfalls nur den Bereich der Gefahrenabwehr - erweitert in einer Sonderbestimmung auf den Verunstaltungsschutz. Nahezu alle Landesbauordnungen

---

1) BayVerfGH GVBl 52, S. 6,10; VGH nF 4,194

2) zu den Ausnahmen vgl. S. 90 ff

gehen aber in Spezialbestimmungen über diesen Bereich hinaus, und weisen somit eine Diskrepanz zwischen den spezialgesetzlichen Befugnissen der BAB und dem Umfang der Generalklausel auf.[1)]

So enthalten alle BOen sozial- und wohlfahrtsrechtliche Einzelbefugnisse. Lediglich in Niedersachsen und Rheinland-Pfalz sind diese Belange auch in der Generalklausel erwähnt (im einzelnen s. weiter unten).

Wie bereits für Art. 13 I, 17 III und 18 I bayBO ausgeführt, können Maßnahmen zur Verhinderung vermeidbarer Belästigungen den Rahmen der Gefahrenabwehr überschreiten. Ähnliche Einzelbestimmungen, die auf vermeidbare Belästigungen abstellen - ohne unzumutbare oder erhebliche Beeinträchtigungen beim Gestörten zu verlangen - beinhalten
§ 13 I blnBO,
§ 16 I hmbBO, § 13 hessBO
§ 13 I nwBO, § 13 I saBO,
§ 13 schlhBO.
Alle genannten Vorschriften beziehen sich auf Anforderungen an Baustellen. Diese speziellen Eingriffsermächtigungen zum Schutz gegen bloße Benachteiligungen sind von der Generalermächtigung der jeweiligen §§ 3 nicht erfaßt. In den übrigen, oben nicht erwähnten, BOen wird auch an Baustellen nur verlangt, daß erhebliche oder unzumutbare Beeinträchtigungen zu vermeiden sind bzw. - inhaltlich übereinstimmend - daß keine Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auftreten.

---

1) An dieser rechtlichen Beurteilung kann auch 77 II nwBO nichts ändern, der bestimmt, daß die Aufgaben der BAB als solche der Gefahrenabwehr gelten. Die Vorschrift hat lediglich für Fragen der Behördenorganisation und deren Zuständigkeit eine Bedeutung. Der Begriff der Gefahrenabwehr steht nicht zur Disposition des Gesetzgebers. So auch Friauf in "Bes.VerwR" (Hrg. v.Münch) S. 495

Fast alle BOen beziehen sich in den "Allgemeinen Anforderungen" des § 3 nur auf bauliche Anlagen, ohne zu berücksichtigen, daß in einzelnen Vorschriften der BOen auch nichtbauliche Anlagen und Einrichtungen angesprochen sind.

Diese bereits in der MustBO angelegten Diskrepanzen zwischen Einzelermächtigungen und Generalermächtigung versuchen einige BOen zumindest teilweise auszugleichen durch abweichende Formulierungen der Generalklausel. Im einzelnen sind zu nennen:

Baden-Württemberg:

§ 3 II bwBO regelt, daß die Allgemeinen Anforderungen des Absatz 1 auch auf Grundstücke, und "Andere Anlagen und Einrichtungen" entsprechende Anwendung finden. Ebenso ist die formelle Kompetenzzuweisung an die BAB in § 83 I auf alle Anlagen, an die die BO Anforderungen stellt, ausgedehnt. Materielle und formelle Generalklausel stimmen also insoweit in Bad-Württ. überein.

Niedersachsen

in § 1 nsBO ist die rein gefahrenabwehrende Generalklausel des Abs. 1 ergänzt um die Bestimmung, daß

> "Bauliche Anlagen den allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse entsprechen"

müssen.
Nach dem Willen des Gesetzgebers[1)] sollte damit eine Grundsatzvorschrift geschaffen werden, die die sozialen Anforderungen der BO ausdrückt.

---

1) AusschußBer. über die Beratungen des niedersächsischen Landtags Sp. 7537

In diesem Sinn wird die Bestimmung auch in der Kommentarliteratur interpretiert.[1] Voraussetzung dieser Auffassung ist eine weite Auslegung des Begriffs der "gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse". Wäre darunter lediglich zu verstehen, daß eine Benutzung der entsprechenden Anlagen ohne Gefahr von Gesundheitsschäden im medizinischen Sinne möglich sein müsse, so wäre damit lediglich ein Aspekt der öffentlichen Sicherheit, also der Gefahrenabwehr, angesprochen. In Anlehnung an die Interpretation von § 1 BBauG, aus dem der Begriff der "gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse" entnommen ist, ist das Wort "gesund" in einem weiteren, übertragenen Sinne zu verstehen. Es wird nicht nur Schutz vor Krankheiten gefordert, sondern darüberhinaus auch ein Mindestmaß an Wohlbefinden, Lebenserleichterung und Erfüllung von Wohnbedürfnissen.[2]

Damit sind über die Gefahrenabwehr hinaus auch sozialplanerische und wohlfahrtsrechtliche Aspekte der Bauordnung angesprochen. Der von der Generalklausel eröffnete Aufgabenbereich für die BAB stimmt also in Niedersachsen im Bereich der Sozial- und Wohlfahrtspflege mit den spezialgesetzlichen Kompetenzen überein.

---

1) Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, a.a.O. § 1 Rdnr. 20

2) vgl. "Allgemeine Anforderungen an gesunde Wohnverhältnisse" Schriftenreihe der Gesellschaft für Wohnungs- und Siedlungswesen e.V. (Gewos), 1968; zitiert nach Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, a.a.O. § 1 Rdnr. 2

Rheinland-Pfalz:

Eine nahezu allumfassende Generalklausel enthält die rhpfBO. In dem Abschnitt "Allgemeine Anforderungen" finden sich dort die §§ 3 bis 5, wobei § 3 als Generalklausel für die Gefahrenabwehr, § 4 als Generalklausel für Sozial- und Wohlfahrtsbelange und § 5 als Verunstaltungsschutz ausgestaltet wurde. Die §§ 3 und 5 entsprechen den Vorschriften der übrigen LBO zu diesem Regelungsbereich.

Weitergehend ist jedoch § 4. Er lautet:

> "Bei der Anordnung, Errichtung, Instandhaltung, Änderung und Benutzungsänderung baulicher Anlagen sind die besonderen Belange der Familien, der Kinder, der Behinderten und der alten Menschen zu berücksichtigen."

Diese Vorschrift ist neben § 3 nur sinnvoll, wenn sie über die Gefahrenabwehr hinausgehende Anforderungen stellt. Sie darf also nicht nur den medizinischen Belangen der angesprochenen Bevölkerungsgruppen dienen, sondern auch deren sozialer Integration, ihrem Wohlbefinden und allgemein der Steigerung ihrer Lebensqualität. Im Sinne dieser weiten Auslegung versteht auch die h.M. § 4 als wohlfahrtsrechtliche Generalklausel.[1)]

Hinter der oben besprochenen Formulierung der nsBO bleibt sie insoweit zurück, als lediglich auf bestimmte Bevölkerungsgruppen Rücksicht genommen wird, und nicht die allgemeinen Wohn- und Arbeitsverhältnisse angesprochen sind.

---

1) Bonin, Einführung zu § 4 in "LBO Rheinl.-Pfalz, Textausgabe mit erläuternder Einführung"

1.2.2. Zusammenfassung zu 1.2.

Die Analyse der §§ 3 führt in allen Teilen des Bundesgebiets zu dem nämlichen Ergebnis wie in Bayern:
Die Generalklausel ist materieller Bestandteil einer kombinierten Aufgabennorm. Für die Länder mit preußischer Polizeirechtstradition steht damit zugleich fest, daß die zusammengesetzte baurechtliche Generalklausel Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen sein kann.

Der Aufgabenbereich der BAB wird jedoch nicht vollständig durch die Generalklausel abgedeckt. Während § 3 lediglich Befugnisse zur Gefahrenabwehr bei baulichen Maßnahmen verleiht, ist der Eingriffsbereich der BAB durch Sondervorschriften in der BO erweitert auf sozial- und wohlfahrtsrechtliche Aufgaben, auf Eingriffsermächtigungen bei bloßen vermeidbaren Belästigungen und auf Anordnungen hinsichtlich nichtbaulicher Anlagen. Dies entspricht den bereits für Art. 3 bayBO gefundenen Ergebnissen.

Abweichend hiervon wurde in Niedersachsen und Rheinland-Pfalz die Generalklausel auf sozial- und wohlfahrtsrechtliche Belange ausgedehnt, und Baden-Württemberg bezieht auch nichtbauliche Anlagen in die "Allgemeinen Anforderungen" des § 3 mit ein.

1.3. Möglicher Anwendungsbereich des § 3 als Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen im Einzelfall und seine tatsächliche Bedeutung in der Praxis

Das bisherige Ergebnis der Untersuchung erbrachte, daß § 3 in Verbindung mit der formellen Generalklausel seinem Wortlaut nach eine bauordnungsrechtliche Generalermächtigung darstellt. Daneben weisen die Bauordnungen zahlreiche Spezialermächtigungen auf. Im folgenden soll geprüft werden, inwieweit für die Generalklausel neben den Spezialvorschriften ein Anwendungsbereich verbleibt.

1.3.1. Verhältnis zwischen Generalklausel und Spezialermächtigungen in der BO

Das dogmatische Verhältnis von Generalklausel zu Spezialermächtigungen wurde für die allgemeine polizeiliche Generalklausel bereits oben (III 2.2.2.) angesprochen. Grundsätzlich gilt, daß Spezialgesetze einer Generalermächtigung vorgehen, soweit sie abschließende Regelungen enthalten. Für diesen Fall ist auch jede subsidiäre Anwendung der Generalklausel ausgeschlossen. Dieses Verhältnis gilt zB. für die polizeiliche Generalklausel und die in den Polizeigesetzen speziell niedergelegten typisierten Standardmaßnahmen der Polizeivollzugskräfte.[1] Derartige Maßnahmen dürfen nur dann ergriffen werden, wenn die spezialgesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Ein Rückgriff auf die Generalklausel als Rechtsgrundlage für weitergehende Eingriffe, insbesondere wenn eines der spezialgesetzlichen Tatbestandsmerkmale nicht vorliegen sollte, ist nicht zulässig.[2]

---

1) Wolff III § 126 I a

2) Drews/Wacke/Vogel/Martens I § 6 S. 54

Anderes gilt, wenn Spezialvorschriften die generellere Norm nur konkretisieren oder erweitern.[1] Hier darf subsidiär die Generalermächtigung als Rechtsgrundlage herangezogen werden. Welche Form der Gesetzeskonkurrenz im Einzelfall vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln.
Je spezieller, umfassender und ins Einzelne gehend die Sondervorschriften sind, umso eher kann angenommen werden, daß sie ihren Regelungsgegenstand abschließend normieren wollen.

Das Bauordnungsrecht enthält sehr detaillierte Spezialvorschriften zu den einzelnen Sachgebieten wie Brandschutz, Standsicherheit, Beheizung, Belichtung, Belüftung, Qualitätsanforderungen an Baustoffe etc. Sie werden ergänzt durch Rechtsverordnungen mit technischen Einzelregelungen, zu deren Erlaß die Sondervorschriften ermächtigen.[2]
Es ist deshalb auch gerechtfertigt, der h.Lit.[3] zu folgen, die die Ansicht vertritt, daß ein Rückgriff auf die Generalklausel in der Bauordnung dort unzulässig ist, wo im Gesetz bereits Spezialvorschriften vorgesehen sind, und nicht ausdrücklich die subsidiäre Anwendung des § 3 zugelassen wird. So sind beispielsweise Brandwände nur in den in § 36 II MustBO[4] vorgesehenen Fällen zu errichten und nicht, gestützt auf § 3 I, auch in anderen Fällen, oder es sind Abstandsflächen nur unter den in §§ 7 und 8 MustBO[4] niedergelegten Voraussetzungen

---

1) Wolff a.a.O.

2) s. unten IV 2.

3) vgl. Mang-Simon Rdnr. 3 zu Art. 3 bayBO; Koch-Molodovsky Ziff. 1 zu Art. 3 bayBO; Weinisch/Wambsganz/Baumgartner/Wiebel Ziff. 1 zu Art. 3 bayBO; Grosse-Suchsdorf Rdnr. 2 zu § 1 nsBO;

4) bzw. in den entsprechenden Vorschriften der Landesbauordnungen.

und nur in der dort vorgeschriebenen Tiefe und Breite einzuhalten.

Diese Ansicht wird bestätigt durch § 82 III MustBO, der ausdrücklich den eingeschränkten Rückgriff auf die Generalklausel für bestimmte Fälle gestattet.[1] Er lautet:

> "Soweit im Einzelfall die §§ 16 bis 72 und die auf Grund dieser Bauordnung erlassenen Vorschriften nicht zur Erfüllung der Anforderungen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 ausreichen, können die Baubehörden weitere Anforderungen stellen, um Gefahren für Leben oder Gesundheit abzuwehren und Störungen zu beseitigen."

Die Vorschrift wäre überflüssig, wenn von der subsidiären Geltung des § 3 in jedem Falle auszugehen wäre. Überdies verengt § 82 III MustBO die Anwendung der Generalklausel auf einen Teil ihres Regelungsbereichs, nämlich auf die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, und zwar beschränkt auf die Schutzgüter Leben und Gesundheit. Diese Begrenzung ginge ebenfalls in Leere, wenn daneben ein unbeschränkter Rückgriff auf § 3 möglich wäre.

Die soeben zitierte Bestimmung der MustBO wurde allerdings nur von Bayern (Art. 78 III), Schleswig-Holstein (§ 81 III) und Hessen (§ 83 I 2 HS. 2, ohne Beschränkung auf die öffentliche Sicherheit) übernommen.
Es fragt sich daher, ob aus dem Fehlen der Vorschrift in den anderen Bundesländern geschlossen werden kann, daß dort der Rückgriff auf die Generalklausel uneingeschränkt zulässig ist, oder ob dieser gänzlich ausgeschlossen sein soll. Allein der Vergleich mit dem

---

1) wobei an dieser Stelle offenbleiben kann, ob die Generalklausel über § 82 III MustBO unmittelbar zur Anwendung kommt oder mittelbar durch Verweisung, vgl. hierzu oben IV 3.

Wortlaut von § 82 III MustBO führt zu keinem eindeutigen Ergebnis, denn die erstgenannte Schlußfolgerung kann logisch mit einem Umkehrschluß, die zweitgenannte durch ein argumentum a minori ad maius begründet werden.[1)]
Um zu einer Entscheidung zu gelangen, bleibt somit nur das oben angesprochene Interpretationskriterium, wonach zu fragen ist, ob die Spezialbestimmungen eine abschließende Regelung beinhalten oder nicht.
Wie gezeigt, legt die detaillierte Ausarbeitung der Einzelvorschriften nahe, daß der Rückgriff auf § 3 ausgeschlossen ist.

1.3.2. Tatsächlich verbleibender Anwendungsbereich für die Generalklausel als Rechtsgrundlage im Einzelfall neben den Spezialermächtigungen

Geht man also davon aus, daß ein Rückgriff auf die Generalklausel im allgemeinen neben den Spezialbestimmungen unzulässig ist, so verringert sich der Anwendungsbereich des § 3 erheblich. Nur dort, wo die Spezialbestimmungen Lücken lassen, kann die Generalklausel noch herangezogen werden. Da in den Einzelnormen des Besonderen Teils der Bauordnungen bereits die baurechtliche Erfahrung mehrerer Jahrhunderte eingeflossen ist, lassen sich aus derzeitiger Sicht kaum ungeregelte Tatbestände finden.

---

1) Larenz, Methodenlehre, S. 367 f
Engisch, Einführung Anm. 181 mwN

1.3.2.1. Maßnahmen zur Unterhaltung baulicher Anlagen

Mang-Simon[1] sehen einen Anwendungsbereich für die Generalklausel in der Anordnung von Maßnahmen zur Unterhaltung baulicher Anlagen. Sie führen aus, daß es hierfür an Spezialtatbeständen fehle und dieser Bereich somit der Regelung durch die Generalklausel offenstünde.
Dieser Ansicht kann, wie zu zeigen ist, nicht generell gefolgt werden, auch nicht für den Rechtszustand in Bayern, von dem die Autoren in ihrer Stellungnahme ausgehen.

Zunächst ist der Begriff der Unterhaltungsmaßnahmen zu klären. Die Bauordnungen selbst erwähnen neben der Unterhaltung baulicher Anlagen deren Anordnung, Errichtung, Änderung und Benutzung, vgl. zB. § 3. Während die letztgenannten Begriffe - mit Ausnahme der Benutzung - Vorgänge beschreiben, die den Bau in der Errichtungsphase bzw. bei nachträglichen Umbauten betreffen, richten sich die Maßnahmen zur Unterhaltung und Benutzung auf bereits errichtete Bauwerke in ihrem Bestand. Die bei den bestehenden Anlagen eventuell erforderlichen Maßnahmen können entweder zusammenhängen mit der Bestimmung, der der Bau zugeführt ist, oder mit den Wirkungen, die von der Bausubstanz als solcher ausgehen. Da die Bauordnung ausdrücklich zwischen der Regelung der ungefährdeten Benutzung der Anlagen und den Unterhaltungsmaßnahmen unterscheidet, vgl. § 3 I 2, können sich letztere allenfalls auf die Instandhaltung und Erhaltung der baulichen Substanz im Rahmen der ursprünglich vorgesehenen legalen Nutzung erstrecken.

---

1) a.a.O. Art. 3 Rdnr. 4

Sie beziehen sich nicht auf Maßnahmen, die ausschließlich mit einer bestimmten Nutzungsform zusammenhängen.
Eine spezielle Regelung der Unterhaltungsmaßnahmen trifft nur die Berliner Bauordnung in § 110 Abs. 1:

> "Rechtmäßig bestehende bauliche Anlagen sind mindestens in dem Zustand zu erhalten, der den bei ihrer Errichtung geltenden Vorschriften entspricht."

Der Begriff "mindestens" legt auf den ersten Blick nahe, daß auch noch weitergehende Anforderungen, möglicherweise gestützt auf § 3, gestellt werden könnten. Gegen einen allgemeinen Rückgriff auf § 3 spricht aber, daß in den weiteren Absätzen des § 110 bInBO im einzelnen niedergelegt ist, unter welchen Umständen die Anforderungen des § 110 I bInBO überschritten werden können; gem. Abs. 2 besteht bei Veränderung der Rechtslage die Möglichkeit, eine Anpassung an die nach Errichtung der baulichen Anlage in Kraft getretenen Vorschriften zu verlangen, wenn dies zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit erforderlich ist. § 110 II bInBO lautet:

> "Werden in dieser Bauordnung oder in Vorschriften auf Grund dieser Bauordnung andere Anforderungen als nach dem bisherigen Recht gestellt, so kann verlangt werden, daß rechtmäßig bestehende oder nach genehmigten Bauvorlagen bereits begonnene bauliche Anlagen angepaßt werden, wenn dies wegen der Sicherheit oder Gesundheit erforderlich ist ..."

Weiterhin kann gem. § 110 Abs. 3 bInBO bei wesentlichen Änderungen der baulichen Anlagen eine beschränkte Anpassung auch der von der Änderung nicht betroffenen Teile des Bauwerks verlangt werden.

Aus der Systematik des Gesetzes erhellt, daß nur unter diesen exakt umschriebenen Voraussetzungen der in Abs. 1 niedergelegte Bestandsschutz durchbrochen werden darf.[1] Die Vorschriften wären überflüssig, wenn über Abs. 1 hinausgehende Anforderungen in jedem Fall auf die Generalklausel gestützt werden könnten. Hinsichtlich der Unterhaltungsmaßnahmen ist ein subsidiärer Rückgriff auf die Generalklausel daher abzulehnen. In diesem Sinne gehen auch Förster/Grundei/Schmidt/Willert[2] davon aus, daß § 110 Abs. 1 bInBO eine abschließende Sonderregelung für die Erhaltungsmaßnahmen an rechtmäßigen Anlagen ist. Das Wort "mindestens" bringt lediglich zum Ausdruck, daß es dem Verfügungsberechtigten unbenommen bleibt, weitere Verbesserungen des ursprünglichen Zustandes seiner baulichen Anlagen vorzunehmen. Wünscht er freiwillig, die für ihn wirksamen gesetzlichen Anforderungen zu übertreffen, so sind derartige Maßnahmen von den BAB zu genehmigen.

Neben § 110 I bestehen in der bInBO weitere sondergesetzliche Bestimmungen, die ausdrücklich auf die Unterhaltung baulicher Anlagen Bezug nehmen. Es sind die §§ 14 III [3] (Gestaltung), 18 I [4] (Schutz gegen Feuchtigkeit, Korrosion und Schädlinge),

---

1) So auch Förster/Grundei/Schmidt/Willert a.a.O. Anm. 3 zu § 110

2) a.a.O. Anm. 2 zu § 110

3) § 14 III bInBO: "Bauliche Anlagen sind so zu unterhalten, daß ihre Verunstaltung sowie eine Störung des Straßen-, Orts- und Landschaftsbildes vermieden wird."

4) § 18 I bInBO: "Bauliche Anlagen sind so anzuordnen, zu errichten und zu unterhalten, daß durch Wasser, Bodenfeuchtigkeit und fäulniserregende Stoffe, durch Einflüsse der Witterung, durch pflanzliche oder tierische Schädlinge oder durch andere physikalische oder chemische oder bakterielle Einflüsse Gefahren oder unzumutbare Belästigungen nicht entstehen."

§ 19 I [1] (Brandschutz) und § 22 I [2] (Schutz gegen andere Gefahren oder Belästigungen). Hier läßt sich erneut die Frage anschließen, in welchem Verhältnis diese Vorschriften zu der allgemeineren Norm des § 110 I blnBO stehen. Diese Problematik soll aber an dieser Stelle noch unerörtert bleiben, da sie im Rahmen der berliner Bauordnung für die Funktion der Generalklausel unerheblich ist. Wie soeben dargelegt, wird § 3 blnBO bereits durch die allgemeinste der Sonderbestimmungen, nämlich durch § 110 I ausgeschlossen.

Die bayerische Bauordnung kennt ebenfalls eine Sonderbestimmung hinsichtlich bestehender Bauwerke in Art. 78 IV:

> "Bei bestehenden baulichen Anlagen können die Bauaufsichtsbehörden im Einzelfall weitergehende Anforderungen stellen, wenn das zur Abwehr von erheblichen Gefahren für Leben oder Gesundheit oder zum Schutz des Straßen-, Orts- oder Landschaftsbildes vor Verunstaltungen notwendig ist."

Diese Bestimmung, die weder in der MustBO noch in den übrigen LBOen zu finden ist, dient allgemein der Kontrolle bestehender Bauten und erfaßt daher auch die Maßnahmen zur Unterhaltung. Sie geht allerdings über

---

1) § 19 I blnBO: "Bauliche Anlagen sind so anzuordnen, zu errichten und zu unterhalten, daß der Entstehung und der Ausbreitung von Schadenfeuer vorgebeugt wird und bei einem Brand wirksame Löscharbeiten und die Rettung von Menschen und Tieren möglich sind."

2) § 22 I blnBO: "Bauliche Anlagen sind so anzuordnen, zu errichten und zu unterhalten, daß sie auch durch andere physikalische, chemische oder bakterielle Einflüsse, als sie in den §§ 17 bis 21 genannt sind, Gefahren oder unzumutbare Belästigungen nicht verursachen. ..."

die Regelung von Unterhaltungsmaßnahmen insofern hinaus, als sie auch die Grundlage für Benutzungsanforderungen darstellen kann, und im Extremfall auf sie sogar Aufforderungen zum Abriß baulicher Anlagen gestützt werden können.[1)]

Art. 78 IV bayBO ist formelle und materielle Ermächtigung zugleich.[2)] Zum einen bestimmt er, von wem Maßnahmen zu ergreifen sind, zum anderen legt er selbst die Voraussetzungen fest, unter denen Anforderungen an bestehende bauliche Anlagen gestellt werden können, nämlich bei erheblichen Gefahren für Leben und Gesundheit sowie bei Verunstaltungen des Straßen-, Orts- und Landschaftsbildes.

Kehrt man nun zur Ausgangsfrage zurück, ob die Generalklausel des Art. 3 ihrerseits Rechtsgrundlage für Unterhaltungsmaßnahmen sein kann, so steht man erneut vor dem Problem, wie sich die allgemeine Norm des Art. 3 und die speziellere Norm des Art. 78 IV zueinander verhalten.
Vergleicht man Art. 78 IV bayBO mit Art. 3 bayBO, so zeigt sich, daß Art. 78 IV die Generalklausel lediglich einschränkt. So verlangt Art. 78 IV erhebliche Gefahren für Leben und Gesundheit, während die Generalklausel des Art. 3 Eingriffe bereits zum Schutz vor (einfachen) Gefahren für die öffentliche Sicherheit sowie zum Schutz der öffentlichen Ordnung zuläßt. Im übrigen ist Art. 78 IV in seiner Formulierung ebenso unbestimmt und generalisierend wie Art. 3.

---

1) Mang-Simon a.a.O. Art. 78 Rdnr. 22 b

2) Die sonstigen Absätze des Art. 78 bayBO sind rein formeller Natur, wie oben IV 1.1.1.1. b) aa) festgestellt wurde. Art. 78 IV bayBO steht damit an systemwidriger Stelle.

Er kann also nicht als bloße Konkretisierung der Generalklausel in dem Sinne angesehen werden, daß diese daneben uneingeschränkt zum Tragen käme, d.h., er ist nicht nur als beispielhafter Anwendungsfall der Generalklausel ausgestaltet mit dem Ziel, der Verwaltungspraxis konkrete Tatbestandsmerkmale an die Hand zu geben, um die Anwendung des allgemeineren Gesetzes zu erleichtern. Für diesen Zweck wäre Art. 78 IV wesentlich zu allgemein gefaßt.

Ließe man den Rückgriff auf die Generalklausel zu, so wäre Art. 78 IV gänzlich überflüssig, denn der engere Tatbestand des Art. 78 IV ginge in Art. 3 vollständig auf. Neben Art. 3 hätte Art. 78 wegen seiner allgemein gehaltenen Formulierung nicht einmal eine Klarstellungsfunktion.

Im Ergebnis ist in Bayern die materielle Eingriffsnorm für Einzelmaßnahmen zur Unterhaltung bestehender baulicher Anlagen nicht die Generalklausel, sondern Art. 78 IV bayBO. Diese Vorschrift ist ihrerseits von generalklauselartiger Weite.

Daneben bestehen auch in der bayBO einige speziellere Sondervorschriften, die sich ausdrücklich auf die Unterhaltung bestehender Anlagen beziehen, so Art. 8 I (Kinderspielplätze), Art. 15 I [1)] (Schutz gegen Feuchtigkeit, Korrosion und Schädlinge), Art. 16 I [1)] (Brandschutz), Art. 18 [1)] (Schutz gegen andere Einwirkungen) und Art. 64 (Ställe).

---

1) der Inhalt der Vorschriften entspricht den oben für die blnBO zitierten Rechtssätzen

Das Verhältnis des allgemein gehaltenen Art. 78 IV bayBO zu diesen Bestimmungen wäre seinerseits einer näheren Untersuchung zu unterziehen. Diese Fragen können aber ebenso wie für die blnBO zunächst unerörtert bleiben, da sie für die Funktion des Art. 3 bayBO unerheblich sind. Wie dargelegt, wird die Generalklausel bereits durch die allgemeinste der genannten Sonderbestimmungen, nämlich durch Art. 78 IV bayBO verdrängt. Zur Vollständigkeit sei auf die Stellungnahme zu dieser Problematik im bayerischen Schrifttum verwiesen. Mang-Simon[1] und Koch-Molodovsky[2] sind der sicherlich zutreffenden Ansicht, daß engere Sonderbestimmungen auch neben Art. 78 IV bayBO anwendbar sind. Allerdings erörtern sie diese Frage nur für das Verhältnis von Art. 78 II bayBO und Art. 78 IV bayBO. Nun kann aber Art. 78 II bayBO schon insofern keine dem Art. 78 IV bayBO vorgehende Rechtsgrundlage sein, als er nur formeller Natur ist.[3] Vermutlich soll die Aussage, Art. 78 II bayBO sei neben Art. 78 IV bayBO anwendbar, dahingehend verstanden werden, daß die materiellen öffentlichrechtlichen Vorschriften, auf die Art. 78 II verweist, die generalisierende Norm des Art. 78 IV bayBO verdrängen können. Nun nimmt aber Art. 78 II auf sämtliche bauordnungsrechtlich relevanten öffentlichrechtlichen Vorschriften Bezug, und damit auch auf die Generalklausel des Art. 3 bayBO. Daß diese wiederum nicht neben Art. 78 IV zur Anwendung kommen kann, wurde bereits ausgeführt.

---

1) Mang-Simon a.a.O. Art. 78 Rdnr. 22

2) Koch-Molodovsky a.a.O. Art. 78 Anm. 3.2.1.

3) vgl. oben IV 1.1.1.2. b) aa)

Auf das Verhältnis der Spezialvorschriften für die Unterhaltung baulicher Anlagen zu der Generalklausel des § 3 kommt es aber sehr wohl in den übrigen Ländern an, die keine allgemeine Norm für Unterhaltungsmaßnahmen kennen wie die blnBO in § 110 I und die bayBO in Art. 78 IV.

In allen Bauordnungen finden sich Regelungen, die entsprechend § 110 Abs. 3 blnBO eine Anpassung bestehender baulicher Anlagen an eine geänderte Rechtslage vorschreiben, soweit dies aus Gründen der Gefahrenabwehr erforderlich ist.[1)] Derartige Maßnahmen beziehen sich zwar auf bestehende bauliche Anlagen, sie können aber nicht als Unterhaltungsmaßnahmen angesprochen werden. Ihr Ziel ist nicht, einen baurechtmäßigen Zustand aufrechtzuerhalten, sondern erstmalig die von der (mittlerweile geänderten) Bauordnung gesetzten Maßstäbe zu erfüllen. Es geht dabei also um eine Abänderung der bisherigen baulichen Anlagen in einen in der Vergangenheit noch nicht erreichten Bauzustand, nicht um die Erhaltung oder Wiederherstellung früherer Baurechtmäßigkeit.
Die Normen über die Anpassung bestehender Bauten an eine neue Rechtslage können also nicht als Rechtsgrundlage für Unterhaltungsmaßnahmen dienen.

Es bleibt die Frage, worauf Anordnungen zur Unterhaltung baulicher Anlagen in den Ländern außer Berlin und Bayern dann gestützt werden können, insbesondere ob hierfür die Generalklausel des § 3 heranzuziehen ist.

---

1) nach dem Muster von § 113 I MustBO

Oben wurde bereits mehrmals erwähnt, daß Unterhaltungsmaßnahmen nur an bestehenden baulichen Anlagen vorgenommen werden können. Der erste Punkt, der zu klären wäre, ist infolgedessen, ob die dem § 110 III blnBO bzw. § 113 I MustBO entsprechenden Normen über die Anforderungen an Bauwerke bei Rechtsänderungen eine abschließende Regelung für nachträgliche Maßnahmen an bestehenden Anlagen darstellen, so daß für Unterhaltungsmaßnahmen gar kein Raum mehr bleibt.
Eine derartige Auslegung wäre freilich widersinnig, da sie dazu führte, daß an diejenigen baulichen Anlagen, die grundsätzlich Bestandsschutz genießen, da sie jedenfalls den zur Zeit ihrer Errichtung geltenden Rechtsvorschriften entsprachen, höhere Anforderungen gestellt werden könnten, als an Anlagen, für die von Anfang an die derzeitige Rechtslage galt, die aber dem geltenden Bauordnungsrecht nicht (mehr) gerecht werden. Von der ersten Gruppe könnten Sicherheitsvorkehrungen zum Schutz von Leben (bzw. Sicherheit) und Gesundheit verlangt werden, während die zweite Gruppe einer Kontrolle nach der Zeit der Bauerrichtung entzogen wäre. Das entspricht sicherlich nicht dem Gesetzeszweck, zumal bereits die Generalklausel den allgemeinen Grundsatz aufstellt, daß bauliche Anlagen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entsprechend zu unterhalten seien.

Die dem § 113 I MustBO nachgebildeten Vorschriften sind also nicht unmittelbar als Eingriffsgrundlagen für Unterhaltungsanforderungen heranzuziehen, und sie schließen auch die Anwendung sonstiger gesetzlicher Bestimmungen nicht aus.

Als Rechtsgrundlagen kommen weiterhin die Vorschriften der BOen in Frage, die ausdrücklich die "Unterhaltung" erwähnen. Für die berliner und die bayerische Bauordnung wurden sie oben bereits aufgezählt. Diese Bestimmungen finden sich inhaltlich vergleichbar, ebenfalls mit einem Hinweis auf die Unterhaltung baulicher Anlagen, in allen übrigen Bauordnungen. Sie stellen abschließende Sondervorschriften für die beschriebenen Unterhaltungsanforderungen dar und verbieten in ihrem Regelungsbereich den Rückgriff auf die Generalklausel.

Etwas eingehenderer Behandlung bedürfen die Gesetzesbestimmungen, die nicht ausdrücklich an der Unterhaltung baulicher Anlagen anknüpfen, sondern allgemein den erwünschten Zustand eines Bauwerks beschreiben. Können mit diesen Normen Unterhaltungseingriffe der BAB begründet werden, wenn etwa durch Alterung der Bausubstanz Abweichungen vom gesetzlichen Sollzustand drohen oder bereits aufgetreten sind?
Im einzelnen handelt es sich dabei um Vorschriften über die Standsicherheit (§ 16 MustBO), den Brandschutz bei Hochhäusern (§ 19 III MustBO), die Verkehrssicherheit (§ 23 MustBO), die Belichtung, Beleuchtung und Belüftung (§ 24 MustBO), die Beheizung (§ 25 MustBO), die Anforderungen an Feuerungsanlagen (§ 46 MustBO), Treppen und Aufzüge (§ 42 MustBO) und ähnliches mehr.

Nach dem Wortlaut der Bestimmungen besteht keine Veranlassung, die Gewährleistung des vorgeschriebenen Bauzustandes nur durch

Maßnahmen während der Errichtungs- bzw. Änderungsphase sicherzustellen.[1] Die BAB sind nach der formellen Generalklausel (§ 82 II MustBO) verpflichtet darüber zu wachen, daß die öffentlichrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden. Wenn die Bauordnung zB. vorschreibt, daß Bauwerke dauerhaft standsicher sein müssen, sind die BAB folglich gehalten, Maßnahmen zu ergreifen, um die Standsicherheit fortwährend aufrechtzuerhalten.[2] Sie müssen insbesondere nicht abwarten, bis sich die Abweichung von den bauordnungsrechtlichen Anforderungen zu einer konkreten Gefahr verdichtet hat. Entsprechende Anordnungen zur Unterhaltung baulicher Anlagen können also bereits prophylaktisch getroffen werden. Rechtsgrundlage ist hierbei die jeweilige Vorschrift über die Standsicherheit, nicht etwa die Generalklausel.

Gestützt wird diese Auslegung durch den in der Generalklausel ausgedrückten Gesetzeszweck der Bauordnungen. Gem. § 3 sind bauliche Anlagen stets so zu unterhalten, daß sie die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährden. Schreibt nun eine Sondervorschrift eine bestimmte Eigenschaft für Bauwerke vor, so ist im Zweifel dieser Rechtssatz weit auszulegen in dem Sinne,

---

1) Als Maßnahmen während der Errichtungsphase kommen zB. in Frage: Rostschutzanstriche für Metallteile, Wetterschutz für Außenwände, Standsicherheitsnachweise im Genehmigungsverfahren, vgl. auch Rößler, LBO für Nordrh.-W. § 16 Anm. 1

2) so auch Mang-Simon a.a.O. Art. 3 Rdnr. 37 und Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert a.a.O. § 1 Rdnr. 7

daß der bestimmte Bauzustand auch dauernd aufrechtzuerhalten ist. Zu beachten ist dabei, daß die Generalklausel nicht als Rechtsgrundlage, sondern nur als Auslegungshilfe herangezogen wird.[1)]

Zu dem Ergebnis kommt auch der VGH Baden-Württemberg in seiner Entscheidung vom 28.5.68.[2)] In diesem Urteil wurde die Rechtmäßigkeit einer Verfügung der BAB bestätigt, mit der einem Grundstückseigentümer aufgegeben wurde, eine Betonmauer auf seinem Grundstück an einer steil abfallenden Felswand so zu unterfangen, daß ein Abgleiten der Mauer auf das darunterliegende Grundstück verhütet würde. Der VGH begründete sein Urteil damit, daß die Maßnahme der BAB von der formellen Generalklausel in Verbindung mit der Sonderbestimmung der bwBO über die Standfestigkeit baulicher Anlagen (§ 19 bwBO) gedeckt sei:

> " dieses Gebot geht über die - etwa für das Polizeirecht typische - Abwehr konkreter Gefahren hinaus und schreibt die Erhaltung oder Herbeiführung eines baulichen Zustands vor, der den Eintritt einer Gefahr ausschließt. Denn eine Standsicherheit bedeutet nach dem Wortgebrauch mehr, als daß im Einzelfall die Gefahr des Einsturzes nicht vorliegt ... Die Standsicherheit muß ferner für längere Zeit gewährleistet sein. Die Baurechtsbehörde war somit zu Recht davon ausgegangen, daß bei der Unterhaltung der Mauer die öffentlichrechtliche Vorschrift des § 19 LBO nicht eingehalten ist."

---

1) zur Funktion der Generalklausel als Auslegungshilfe vgl. unten IV 4.

2) BRS 20,293 Nr. 194

Der von Mang-Simon zu Beginn des Abschnitts 1.3.2.1. geschilderte Ausgangspunkt, es gäbe keine Sonderbestimmungen für Unterhaltungsmaßnahmen, ist also unzutreffend.
Mögliche Rechtsgrundlagen sind zum einen die Vorschriften, die ausdrücklich die "Unterhaltung" erwähnen sowie diejenigen, die - ohne speziell auf die "Errichtung", "Änderung", "Benutzung" oder "Unterhaltung" abzustellen - ganz allgemein einen bestimmten Sollzustand für bauliche Anlagen vorschreiben.

Offen ist weiterhin, ob daneben die Generalklausel eine zulässige Rechtsgrundlage sein kann. Die genaue Betrachtung der bauordnungsrechtlichen Sonderbestimmungen ergibt ein relativ geschlossenes Normensystem: es werden entweder dezidiert Vorschriften aufgestellt, die bei der Errichtung und Anordnung baulicher Anlagen zu beachten sind, zB. sämtliche Bestimmungen über die zu verwendenden Werkstoffe, über die Abstandsflächen etc., oder es werden allgemeine Anforderungen an das Bauwerk als solches gestellt. Im letzteren Fall muß, wie oben gezeigt, davon ausgegangen werden, daß diese Anforderungen während der gesamten Lebensdauer des Gebäudes aufrechtzuerhalten sind und Maßnahmen zur entsprechenden Instandhaltung rechtfertigen.

Die Unterhaltungsmaßnahmen sind in dieses Geflecht der sondergesetzlichen Bestimmungen ebenso eingebettet wie zB. die Errichtungsvorschriften. Sie nehmen insoweit keine Sonderstellung ein. Zur Frage, wie das Verhältnis von besonderen Baurechtsbestimmungen zur Generalklausel ausgestaltet ist, wurde bereits oben IV 1.3.1. Stellung genommen. Auf die dortigen Ausführungen ist auch hinsichtlich der Maßnahmen zur Unterhal-

tung baulicher Anlagen zu verweisen. Danach kann im Ergebnis nur bei Vorliegen einer Regelungslücke auf die Generalklausel zurückgegriffen werden.

1.3.2.2. Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung

Ein Anwendungsbereich der Generalklausel, der durch Spezialvorschriften nicht ausgeschöpft ist, ist der Schutz der öffentlichen Ordnung.
Gesetzestechnisch sind hier überhaupt nur generalisierende Einzelbestimmungen denkbar, die allgemein auf die öffentliche Ordnung verweisen. Detaillierte Sonderregelungen, die ungeschriebene Normen menschlichen Zusammenlebens[1] konkretisieren sollten, würden bereits eine Kodifizierung dieses Bereichs bedeuten und ihn somit zu einem Bestandteil der öffentlichen Sicherheit machen.
Soll also eine Maßnahme der BAB ausschließlich zum Schutz der öffentlichen Ordnung ergriffen werden, so ist es ohne weiteres zulässig, § 3 als Rechtsgrundlage heranzuziehen.

In der Praxis ist das Gebiet der öffentlichen Ordnung aber zur Bedeutungslosigkeit herabgesunken, da die ungeschriebenen moralischen Werte immer weiter liberalisiert und die sozialen Werte in steigendem Umfang kodifiziert wurden. Im einzelnen wurde hierauf bereits oben III 1.3. S. 24 eingegangen. In jüngster Zeit finden sich nur vereinzelt Beispiele, in denen sich Verwaltung oder Gerichte auf die öffentliche Ordnung beriefen. Es handelte sich dabei um Versagungen von Baugenehmigungen für Bordelle.[2]

---

1) zur Definition des Begriffs der öffentlichen Ordnung vgl. oben III 1.3.

2) Näheres zu diesen Entscheidungen in der Rechtsprechungsübersicht unter V.1.

1.3.2.3. Generalklausel als Auffangnorm

Eine offensichtliche Lücke bei den spezialgesetzlich geregelten Tatbeständen im Bauordnungsrecht ist also - neben dem soeben erwähnten Bereich der öffentlichen Ordnung - nicht auszumachen. Ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 3 ist somit unter den bestehenden Umständen so gut wie nie erforderlich.[1] Denkbar ist aber, daß ein Wandel in den technischen und gesellschaftlichen Verhältnissen neue Maßnahmen der Bauaufsicht verlangt. Erweisen sich in einem solchen Fall die Spezialtatbestände als ungeeignet oder unvollständig, so fragt sich, ob die Generalklausel als Auffangnorm zur Verfügung steht.

Die Vermutung, daß die detaillierten Sondertatbestände im Bauordnungsrecht eine umfassende Regelung darstellen, wird widerlegt, sobald sich erweist, daß tatsächliche Gegebenheiten in den Spezialgesetzen nicht berücksichtigt sind, die bei Erlaß der Vorschriften noch nicht bekannt waren, die aber miteinbezogen worden wären, wenn man von ihnen gewußt hätte. Unter diesen Umständen kann von einer Gesetzeslücke ausgegangen werden, die durch die Generalklausel zu schließen ist.[2] Die BAB können dann, gestützt auf § 3, sofortige Maßnahmen treffen, um Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entgegenzuwirken - noch bevor der Gesetzgeber durch Erlaß einer Einzelvorschrift auf die veränderte Situation reagieren kann oder will.

---

1) Dafür, daß der Rückgriff auf die Generalklausel eine Gesetzeslücke in den Spezialtatbeständen erfordert, vgl. oben IV 1.3.1.

2) zur Frage nachträglicher, bewußter und unbewußter Gesetzeslücken vgl. Larenz, Methodenlehre S. 358

Gerade aus heutiger Sicht ist vorstellbar, daß neue gesellschaftliche und technische Entwicklungen veränderte Bauweisen erfordern. Es drängen sich Vorgänge wie die Verknappung herkömmlicher Energiequellen oder die wachsende Sensibilität der Gesellschaft in Bezug auf den Gesundheitsschutz auf. Insoweit scheint die Generalklausel für die BAB ein Instrumentarium von zunehmender Bedeutung zu werden mit dem neue und veränderte Anforderungen an bauliche Maßnahmen gestellt werden können.

Hierbei sind allerdings Einschränkungen zu beachten:
§ 3 kann nur im Rahmen des landesgesetzlichen Bauordnungsrechts als Auffangnorm wirken. Denn der Regelungsbereich einer Einzelvorschrift der BO darf nicht weiter gehen als derjenige des gesamten Bauordnungsrechts selbst.
Das Bauordnungsrecht der Länder verliert seine Wirksamkeit, sobald in Bundesgesetzen die gleichen Sachfragen geregelt werden, Art. 31 GG.
Nun gilt zwar der Grundsatz, daß das Bauordnungsrecht ebenso wie das allgemeine Ordnungsrecht Sache der Länder ist, da dem Bund hierfür im GG weder die ausschließliche noch die konkurrierende noch die Rahmen-Gesetzgebungskompetenz zugewiesen wird.[1] Häufig berührt aber ein Lebenssachverhalt mehrere Gesetzesmaterien. Das gilt besonders für die sich oftmals überschneidenden Teilbereiche des Ordnungsrechts.

---

1) Das BVerfG leitet in seinem Gutachten vom 16.6.54 die Landeshoheit für das Bauordnungsrecht ab:
"Für die Frage der gesetzgeberischen Zuständigkeit ist es vielmehr entscheidend, daß das Baupolizeirecht ein Teil des Polizeirechts ist. Das Polizeirecht ist aber nach wie vor Sache der Landesgesetzgebung"
BVerfGE 3, 407 (433)

Für zahlreiche ordnungsrechtliche Spezialmaterien legen aber Art. 74 und 75 GG die Gesetzeskompetenz des Bundes fest. Darunter können sich insbesondere folgende Sachgebiete auch mit dem Bauordnungsrecht berühren:
Art. 74 Nr. 11 a (Schutz gegen Gefahren der Kernenergie), Art. 74 Nr. 19 (Gesundheitsschutz bei gemeingefährlichen und ansteckenden Krankheiten), Art. 74 Nr. 22 (Straßenverkehr), Art. 74 Nr. 24 (Abfallbeseitigung, Luftreinhaltung, Lärmbekämpfung), Art. 75 Nr. 3 (Naturschutz).
Bestehen aufgrund der aufgezählten Zuständigkeiten Bundesgesetze, die ebenfalls den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bezwecken, so kann die bauordnungsrechtliche Generalklausel für eine Sachverhaltsgestaltung, die thematisch -auch- dem Bundesgesetz unterfällt, nicht mehr herangezogen werden.[1)]

Gerade bei den oben angeführten Beispielsfällen, die möglicherweise neue Anforderungen an die Bauausführung bedeuten könnten - nämlich Verstärkung des Gesundheitsschutzes, neues Verständnis im Umgang mit Energie - ist im Einzelfall genau zu überprüfen, ob Landesgesetze oder Bundesgesetze zur Anwendung kommen müssen. Die Behörden können sich allerdings dann wieder auf die landesgesetzliche Rechtsgrundlage stützen, wenn das Bundesgesetz die Materie nicht erschöpfend geregelt hat.[2)]

---

1) So geht nach einer Entscheidung des BVerfG, BayVBl 68, 246, § 33 StVO 1970 der baurechtlichen Generalklausel vor.

2) Drews/Wacke/Vogel/Martens I § 1 Ziff. 2 S. 3 f

Die Einschränkungen, die sich aus der Kompetenzabgrenzung zwischen Bundes- und Landesgesetzgebung ergeben, sind in Rechnung zu stellen, wenn § 3 der Bauordnungen als Auffangnorm herangezogen wird. Liegt jedoch weder die Voraussetzung einer speziellen Eingriffsermächtigung des Bundes- noch des Landesrechts vor, so kann auf die bauordnungsrechtliche Generalklausel zurückgegriffen werden, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Bereich der Bauordnung abzuhelfen.

2. Ermächtigungsgrundlage für Verordnungen der BAB

2.1. Bedeutung der Rechtsverordnungen im Bauordnungsrecht

Rechtsverordnungen sind auf dem Gebiet des Baurechts ein häufiges Regelungsinstrument. Nach dem Vorbild der Musterbauordnung verzichten die Bauordnungen selbst weitgehend auf die Festlegung technischer Details wie Maß- oder Zahlenbestimmungen und überlassen diese Einzelheiten der Regelung durch Verordnungen und Verwaltungsvorschriften. Auch Anforderungen an spezielle Gebäudearten sind häufig in Verordnungen niedergelegt, um die Bauordnungen nicht zu überfrachten.

Dementsprechend findet sich in den Bauordnungen eine Vielzahl von speziellen Verordnungsermächtigungen. An erster Stelle ist § 111 MustBO zu nennen, der - zum Teil mit kleineren Abänderungen, die hier keine Rolle spielen - in die einzelnen Landesbauordnungen übernommen wurde. Er lautet:

> (1) Zur Verwirklichung der in § 3 bezeichneten allgemeinen Anforderungen wird die oberste Baubehörde ermächtigt, durch Rechtsverordnungen Vorschriften zu erlassen über
> 1. die nähere Bestimmung allgemeiner Anforderungen in den §§ 4 bis 71,
> 2. besondere Anforderungen, die sich aus der besonderen Art oder Nutzung der baulichen Anlagen für die Errichtung, Änderung, Unterhaltung und Benutzung ergeben (§ 72)
> 3. besondere technische Anforderungen an die Errichtung, Änderung und Unterhaltung von baulichen Anlagen und an die dabei zu verwendenden Baustoffe, Bauteile und Bauarten in den Fällen des § 34 Abs. 3, § 36 Abs. 2 Nr. 3, § 45 Abs. 3, § 47 Abs. 6, § 49 Abs. 4, § 50 Abs. 5, § 51 Abs.11 und § 66 Abs. 1.
> 4. weitere Ausnahmen von der Genehmigungs- oder Anzeigepflicht und über den Ersatz der Genehmigungspflicht durch die Anzeigepflicht.
>
> (2) ...
>
> (3) ...

Daneben enthalten die Bauordnungen zahlreiche Ermächtigungsgrundlagen an anderen Stellen, die wegen des Sachzusammenhangs nicht in die oben zitierte Bestimmung mitaufgenommen wurden. Darunter fallen zB. Regelungen über die Prüfzeichenpflicht neuer Baustoffe und Bauteile (§ 29 I MustBO), die Güteüberwachung (§ 30 MustBO), die Übertragung der Aufgaben der unteren BAB auf kreisangehörige Gemeinden (§ 81 II MustBO), die Übertragung von Prüfaufgaben auf besondere Sachverständige sowie deren Anerkennung (§ 82 V MustBO), den Umfang, Inhalt und die Zahl der Bauvorlagen (§ 88 II MustBO), die Zuständigkeit für Genehmigungen fliegender Bauten (§ 98 IV MustBO), die Bescheinigung der Bauabnahme (§ 104 VII MustBO), die Gleichstellung technisch vorgebildeter Beamter und Angestellter mit den Beamten des höheren bautechnischen Verwaltungsdienstes bei öffentlichen Bauten (§ 105 I MustBO).

2.2. Die Generalklausel als Ermächtigungsgrundlage für Verordnungen

Fraglich ist, ob angesichts der zahlreichen speziellen Verordnungsermächtigungen ein Rückgriff auf § 3 als Ermächtigungsgrundlage überhaupt zulässig ist.
Rechtsprechung und Lehre nehmen hierzu nicht Stellung. Zwar wird zum Teil auf die Rolle des § 3 als "Rahmenbestimmung" für Verordnungen nach dem oben aufgeführten § 111 MustBO bzw. den entsprechenden Normen der Landesbauordnungen hingewiesen. So schreibt Mang-Simon[1)]

> "Art. 3 gibt die materiellrechtliche Grundlage ab ... für Umfang und Grenzen von Rechtsverordnungen nach Art. 106 [2)] bayBO ...".

1) Mang-Simon a.a.O. Art. 3 Rdnr. 4

2) Art. 106 bayBO entspricht inhaltlich § 111 MustBO

Damit ist aber lediglich die noch zu erörternde Funktion der mittelbaren Anwendung des § 3 durch Verweisung[1] angesprochen. Denn Rechtsgrundlage für die auf Art. 106 gestützten Verordnungen ist Art. 106 selbst und nicht allein Art. 3 bayBO. Eine Aussage darüber, ob § 3 unmittelbar und selbständig als Ermächtigungsgrundlage für Verordnungen herangezogen werden kann, wird hingegen von Mang-Simon nicht getroffen.

Um diese Frage zu klären, muß zunächst geprüft werden, ob § 3 die Voraussetzungen erfüllt, die an eine Ermächtigungsgrundlage für Verordnungen zu stellen sind.

2.2.1. Allgemeine Merkmale einer Ermächtigungsgrundlage

Wolff[2] beschreibt Inhalt und Funktion einer Ermächtigungsgrundlage mit folgenden Worten:

> "Durch sie wird ein oder werden mehrere individuell oder der Art nach bestimmte mittelbare oder unmittelbare Staatsorgane berechtigt (zuständig) für dort bezeichnete Zwecke angebrachte abstrakte und generelle Anordnungen zu treffen, insbesondere Gesetze durchzuführen oder anzuwenden."

Notwendig ist also zum einen die Übertragung der Verordnungskompetenz als solcher (...berechtigt, "Anordnungen zu treffen"...), zum anderen die hinreichend bestimmte Bezeichnung der zuständigen Stelle sowie der durch die Verordnung zu regelnden Rechtsmaterie.

---

1) Art. 106 bayBO nimmt ebenso wie § 111 MustBO Bezug auf die "in Art. 3 bezeichneten allgemeinen Anforderungen". Zur mittelbaren Anwendung von § 3 vgl. unten IV 3.

2) Wolff I § 25 VII a 2

Zu dem Merkmal der Bestimmtheit normiert Art. 80 I 2 GG für Bundesverordnungen, daß das ermächtigende Gesetz Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnung vorzeichnen müsse. Art. 80 GG ist für Landesverordnungen nicht unmittelbar anwendbar, es entspricht aber der ständigen Rechtsprechung und herrschenden Lehre, daß die Grundsätze des Art. 80 GG als allgemeine rechtsstaatliche Prinzipien auch zur Auslegung von Landesverordnungen heranzuziehen sind,[1] und zwar entweder unmittelbar kraft des Art. 20 III GG oder mindestens über Art. 28 II GG.[2] Zum Teil enthalten die Landesverfassungen auch selbst für Landesverordnungen eine Bestimmung, die Art. 80 GG entspricht.[3]

2.2.2. Vorliegen der Merkmale einer Ermächtigungsgrundlage bei § 3 der Landesbauordnungen

Zunächst wird deutlich, daß § 3 für sich allein keine ausreichende Ermächtigungsnorm darstellt, da er keine Zuständigkeitsbestimmung der ermächtigten Behörde trifft. § 3 müßte also auch hier kombiniert werden mit einer lediglich formellen Bestimmung, die die zuständige Behörde näher bezeichnet. Dieselbe Problematik tauchte bereits oben bei der Funktion des § 3 als Rechtsgrundlage für Einzelmaßnahmen auf. Auf die dortigen Erörterungen kann verwiesen werden, vgl. oben IV 1.1.1.2. und IV 1.2.1.

---

1) Maunz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz a.a.O. Art. 80 Rdnr. 44

2) BVerfGE 7,294, Wolff in AöR 78,213 BayVerfGH 3,28/45

3) vgl. Art. 61 bw.V, 53 hmb.V 34 nds.V, 33 schlh.V, 70 nrw.V

Eine formelle Kompetenzzuweisung, die sich ausdrücklich auf den Erlaß von Verordnungen bezieht, findet sich - von den Spezialermächtigungen abgesehen - in den Bauordnungen nicht. Es können aber auch für Rechtsverordnungen die bereits aufgeführten, für die einzelnen Bauordnungen näher bezeichneten,[1] formellen Generalklauseln herangezogen werden. Darin wird den BAB die allgemeine Befugnis erteilt, "erforderliche Maßnahmen" zu treffen. Der Begriff der Maßnahme ist nach übereinstimmender verwaltungsrechtlicher Terminologie als Oberbegriff für jedes nach außen in Erscheinung tretende, den innerdienstlichen Bereich überschreitende Tätigwerden der Behörden[2] zu verstehen. Er umfaßt also abstrakt generelle Anordnungen ebenso wie konkrete Verfügungen im Einzelfall.

Im Ergebnis läßt sich feststellen, daß § 3 in Verbindung mit der formellen Kompetenznorm der jeweiligen BO die Anweisung an die BAB enthält, u.a. abstrakt-generelle Maßnahmen zu ergreifen (formelle Komponente der Zuweisungsnorm), um sicherzustellen, daß bauliche Anlagen die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährden (materielle Komponente des § 3).

Es bleibt noch zu prüfen, ob diese Verordnungsermächtigung dem Bestimmtheitsgebot entspricht. Dabei müssen zwei Gesichtspunkte berücksichtigt werden:

---

1) oben Iv 1.2.1.2. a); für Bay: IV 1.1.1.2.

2) Wolff I § 46 III, 45 II c
Bengl/Berner/Emmerig BayLStVG Kommentierung vor Art. 6 Anm. 5 a

Die erste Frage geht dahin, ob mit dem Hinweis auf die BAB die zuständige Behörde hinreichend bezeichnet ist. Vergleicht man hierzu nämlich die Spezialermächtigungen für den Erlaß von Verordnungen, so fällt auf, daß darin nicht generell die BAB berechtigt werden, sondern daß zwischen den verschiedenen Verwaltungsstufen differenziert wird. In der Regel ist die oberste Baubehörde nach den Spezialvorschriften zuständig.
Die zweite Frage bezieht sich auf die materielle Komponente der Ermächtigungsnorm. Ist Inhalt, Zweck und Ausmaß der zu erlassenden Verordnung bestimmt genug angegeben?

Um zunächst auf die Behördenzuständigkeit einzugehen: Es stellt grundsätzlich die Bestimmtheit einer Verordnungsermächtigung nicht in Frage, wenn sie die Behörden verschiedener Instanzen nicht spezifiziert benennt. So ist insbesondere in allen Ländern außer Bayern die allgemeine polizeiliche Generalklausel als wirksame Verordnungsermächtigung anerkannt. Diese weist ebenfalls nur die jeweiligen "Ordnungsbehörden" zum Erlaß von Verordnungen an. Ob im Einzelfall die höhere oder nachgeordnete Behörde zuständig ist, richtet sich nach den sonstigen ordnungsrechtlichen Grundsätzen der jeweiligen Länder. Meist sind die Behörden nebeneinander zuständig, wobei die übergeordnete Stelle nur dann eingreifen kann (oder soll), wenn eine einheitliche Regelung für den örtlichen Zuständigkeitsbereich mehrerer nachgeordneter Behörden wünschenswert ist.
Die nachgeordneten Behörden ihrerseits können naturgemäß nur Verordnungen für ihren beschränkten örtlichen Wirkungskreis erlassen. Weitere Einzelheiten können hier dahingestellt bleiben.[1)]

---

1) zum Ganzen: Drews/Wacke/Vogel/Martens I § 9 S. 276

Am Beispiel der allgemeinen polizeilichen Generalklausel wird jedenfalls deutlich, daß eine Mehrfachzuweisung an Behörden unterschiedlicher Verwaltungsstufen dem verfassungsmäßigen Bestimmtheitsgebot nicht widerspricht, solange sichergestellt ist, daß sich aus den Grundsätzen des Verwaltungsrechts die Kompetenzverteilung zwischen den Verwaltungsstufen ergibt.

Diese Voraussetzung kann für das Bauordnungsrecht bejaht werden. Als Sonderbereich des besonderen Verwaltungsrechts, insbesondere des Ordnungsrechts, gelten auch hier die jeweils einschlägigen Regeln des Landesrechts über die Kompetenzverteilung zwischen den Stufen der Verwaltung. Dort, wo ordnungsrechtliche Spezialgesetze augenscheinliche Lücken aufweisen, sind die Grundsätze des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts heranzuziehen, das seinerseits auf dem allgemeinen Verwaltungsrecht aufbaut.[1] Zum Teil erwähnen die Bauordnungen die subsidiäre Geltung des allgemeinen Ordnungsrechts auch ausdrücklich.[2] Ein Rückgriff auf allgemeine Grundsätze zur Verteilung der Kompetenzen ist allerdings nicht erforderlich in Niedersachsen und Hessen. Die nds. und hessBO enthalten in § 65 III - VIII ndsBO bzw. § 84, 85 hessBO selbst eine Bestimmung über die örtliche und sachliche Zuständigkeit der verschiedenen Bauaufsichtsbehörden.

Die Frage der Bestimmtheit der Kompetenzzuweisung ist auch für die bayerische Rechtslage nicht abweichend zu entscheiden. Auch wenn hier auf dem Gebiet des Verordnungsrechts

---

1) Drews/Wacke/Vogel/Martens II § 6 Ziff. 1, S. 56

2) § 101 blnBO, § 81 saBO

uneingeschränkt das Prinzip der Spezialermächtigung herrscht, und in den Einzelvorschriften meist die ermächtigte Behörde detailliert angegeben wird, lassen sich im LStVG, der gesetzlichen Grundlage für allgemeine sicherheitsrechtliche Verordnungen, Beispiele für Mehrfachzuweisungen finden: zB. Art. 12 I 1, 15 I, 25 I, 26 I LStVG.

Die notwendige Bestimmtheit der Vorschriften mit Mehrfachzuweisungen wird durch Art. 44 LStVG erreicht, der eine Subsidiaritätsklausel zu Lasten der jeweils höheren Behörde enthält. Diese Vorschrift ist als allgemeiner Grundsatz des Ordnungsrechts auch im Rahmen der speziellen ordnungsrechtlichen Materien, zB. im Bauordnungsrecht, anzuwenden.

Hinsichtlich der inhaltlichen Bestimmtheit des § 3 als Ermächtigungsnorm wurde bereits das rechtsstaatliche Gebot erwähnt, wonach Inhalt, Zweck und Ausmaß der zu erlassenden Verordnung im Ermächtigungsgesetz selbst angegeben werden müssen. Die Rechtsprechung läßt genügen, daß sich die erforderliche Bestimmtheit aus dem Sinnzusammenhang des Gesetzes, insbesondere dem "Programm" des Gesetzgebers erschließen läßt.[1)]

§ 3 der Bauordnungen schreibt inhaltlich vor, daß die von den BAB zu erlassenden Rechtsverordnungen der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dienen müssen. Es wurde bereits festgestellt, daß die Formel "Abwehr der Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung" im Hinblick auf die jahrzehntelange Entwicklung in Wissenschaft und Rechtsprechung ausreichend gefestigt

---

1) Wolff I § 25 VII a 2 m.w.N.

ist, um als Rechtsgrundlage für belastende Einzeleingriffe zu dienen. Mit derselben Berechtigung kann bejaht werden, daß sie im Hinblick auf den Gesetzeszweck und das "Programm" der Bauordnungen Inhalt, Zweck und Ausmaß einer bauordnungsrechtlichen Verordnung hinreichend vorherbestimmen kann.

Auch die bayerische Literatur und Rechtsprechung stellt überwiegend die verfassungsmäßige Bestimmtheit der Generalermächtigung nicht mehr in Frage.[1)] Andererseits läßt das LStVG allgemeine sicherheitsrechtliche Verordnungen aufgrund einer Generalklausel nicht zu. Wie bereits erwähnt, baut das LStVG ausnahmslos auf dem Prinzip der Spezialermächtigung auf. Selbst die oben[2)] zitierte "generalisierende Ermächtigung" des Art. 7 II LStVG betrifft lediglich Anordnungen für den Einzelfall. Der Grundsatz der Spezialermächtigung muß aber nicht notwendig über den Regelungsbereich des LStVG hinaus ausgedehnt werden, zumal es sich dabei nicht um ein verfassungsmäßiges Gebot handelt. Der klare Wortlaut der bayBO läßt keine Zweifel daran, daß Art. 3 bayBO iVm Art. 78 II 2,1 ebenso wie in den übrigen Bundesländern eine Generalermächtigung für bauordnungsrechtliche Verordnungen darstellt, und somit das Prinzip der Spezialermächtigung bewußt oder unbewußt durchbrochen wurde. So werden die BAB in Art. 78 II 2 bayBO, der für die bayBO einschlägigen formellen Zuständigkeitsbestimmung, entsprechend dem Vorbild der Musterbauordnung ermächtigt, "die erforderlichen Maßnahmen" zu treffen.

---

1) vgl. oben III 2.1.3., III 2.3.1.

2) vgl. oben III 2.3.1.

Auch in der bayerischen verwaltungsrechtlichen Terminologie umfaßt der Begriff der Maßnahme generelle und spezielle Handlungen. Zum Vergleich sei Art. 11 PAG[1)] zitiert, der ausdrücklich klarstellt, daß die Polizei (im Gegensatz zu den Sicherheitsbehörden) nur Maßnahmen treffen kann,

> "um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Gefahr) abzuwehren."

Daraus läßt sich im Gegenschluß entnehmen, daß es auch Maßnahmen mit generellem Regelungsgehalt geben muß.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß § 3 in allen Bauordnungen die materielle Komponente einer allgemeinen Ermächtigungsgrundlage für Rechtsverordnungen darstellt. Inhaltlich dürfen die auf § 3 gestützten Verordnungen den durch die Generalklausel abgesteckten Regelungsbereich nicht überschreiten. Für Verordnungen mit wohlfahrtsrechtlichen oder sozialrechtlichen Zielsetzungen und für Verordnungen, die sich auf nichtbauliche Anlagen oder unvermeidbare, aber nicht unzumutbare Gefahren beziehen, kann § 3 nicht die materielle Ermächtigung darstellen. Hier ist der Erlaß von Verordnungen nur zulässig, wenn entsprechende Spezialermächtigungen vorliegen.

2.2.3. Verhältnis der Generalermächtigung zu den Spezialermächtigungen

Bei dem Verhältnis von genereller zu spezieller Norm ist stets zu prüfen, ob die spezielle Bestimmung als ausschließliche Sonderregelung die generelle Norm aufhebt oder ob letztere als Auffangnorm weiterhin Geltung behält. Die baurechtliche Generalermächtigung ist ihrer äußeren Form sowie der historischen Entwicklung nach

---

1) Polizeiaufgabengesetz vom 24.8.78 (GVBl S. 561)

der polizeilichen Generalklausel nachgebildet. Deren Bedeutung liegt unzweifelhaft gerade in der Auffangfunktion, s. oben III 2.2.2. Dieses Ergebnis wurde auch für § 3 gefunden, soweit er die Rechtsgrundlage für die Einzeleingriffe der BAB darstellt. Es besteht keine Veranlassung, § 3 in anderer Weise auszulegen, wenn er als Rechtsgrundlage für Rechtsverordnungen fungiert. Er ist somit als selbständige Ermächtigungsnorm anzusehen für alle Bereiche, in denen nicht bereits unter bestimmten Tatbestandsvoraussetzungen der Erlaß von Verordnungen in Sonderbestimmungen geregelt ist.

Es soll allerdings nicht verschwiegen werden, daß diese Aufgabe des § 3 bislang nur theoretischer Natur ist. Das weitverzweigte Netz der Spezialermächtigungen, das im Rahmen von Novellierungen noch erweitert wurde, machte es bis heute nicht erforderlich, auf § 3 als Ermächtigungsgrundlage zurückzugreifen. Es konnten jedenfalls keine Verordnungen gefunden werden, die unmittelbar und ausschließlich auf die Generalklausel gestützt wurden.

3. Mittelbare Anwendung der Generalklausel durch Verweisungen in anderen Vorschriften der BOen

In allen Bauordnungen wird im Rahmen verschiedener Einzelbestimmungen auf den jeweiligen § 3 verwiesen. Es sind folgende Paragraphen aus der MustBO zu erwähnen, die in die Landesbauordnungen gleichlautend oder ähnlich übernommen wurden:

§ 27	(Neue Baustoffe, Bauteile, Bauarten)
§ 28 I	(Allgemeine bauaufsichtliche Zulassung neuer Baustoffe, Bauteile und Bauarten)
§ 29	(Prüfzeichen)
§ 30	(Güteüberwachung)
§ 72	(Bauliche Anlagen und Räume besonderer Art und Nutzung)
§ 78 II	(Unternehmer)
§ 82 III	(Aufgaben der Baubehörden - weitere Anforderungen)
§ 99 I Nr.4	(Zurücknahme oder Einschränkung der Genehmigungen)
§ 111	(Rechtsvorschriften oder Verwaltungsvorschriften)

In diesen Bestimmungen wird § 3 herangezogen, um inhaltlich das Maß der Anforderungen zu beschreiben, das an bestimmte, einzelgesetzlich aufgeführte, bauliche Anlagen, Maßnahmen oder Werkstoffe gestellt wird. Die Generalklausel hat hierbei eine andere Funktion als in den bisher beschriebenen Fällen. Aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes (vgl. oben IV 1.3.) kann sie nicht unmittelbar Rechtsgrundlage für diejenigen Maßnahmen sein, mit denen die Befolgung der genannten Anforderungen in den Einzelbestimmungen sichergestellt werden soll. Rechtsgrundlage für die Einzelmaßnahmen

bleiben ausschließlich die Spezialvorschriften in Verbindung mit der formellen Zuständigkeitsklausel. § 3 findet daneben nur mittelbare Anwendung durch eine inhaltliche Bezugnahme auf seinen materiellen Regelungsgehalt.

Mit derartigen Verweisungen kann der Gesetzgeber verschiedene Zielsetzungen verfolgen:
Sie dienen in der Regel dazu, den Text einer gesetzlichen Vorschrift zu verkürzen.[1] Ist ein bestimmter Teilsachverhalt, der in einem Gesetz beschrieben werden soll, bereits in einer anderen Norm niedergelegt, so wird er nicht noch einmal in aller Breite wiederholt, sondern man nimmt in der einen Vorschrift lediglich auf die andere Bezug.
Daneben wird erreicht, daß die gesetzlichen Tatbestände nahtlos übereinstimmen und keine ungewollten Gesetzeslücken entstehen.[2] Denn durch die Verweisungen werden Regelungstatbestände nicht nur inhaltlich aufeinander abgestimmt, sondern auch im Wortlaut angepaßt.

Finden Verweisungen - wie hier in der Bauordnung - innerhalb der einzelnen Paragraphen eines Gesetzes statt, sog. Binnenverweisungen, so kann dies auch den Zweck haben, die Systembildung innerhalb eines Gesetzes sichtbar zu machen.[3] Dies kann ein Zeichen für die innere Einheit und Geschlossenheit des Gesetzes sein.
Die Verweisungen auf § 3 im ausführenden, "Besonderen Teil" der Bauordnungen könnten in dieser

---

1) Karpen, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, S. 11 f

2) Karpen a.a.O. S. 14

3) Karpen a.a.O. S. 12

Hinsicht andeuten, daß die Generalklausel als durchgängiger, einheitlicher Rahmen auch die Ausgestaltung der Einzelvorschriften bestimmt.

Bei näherer Betrachtung der oben zitierten Normen scheint dieser letzte Gesichtspunkt für die Anwendung der Verweisungstechnik in den Bauordnungen nicht ausschlaggebend gewesen zu sein. Die genannten Verweisungen stellen eher eine zufällige Häufung von Vorschriften dar, die nicht geeignet ist, die Systematik des Gesetzes zu erhellen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil in den Vorschriften, die auf § 3 Bezug nehmen, die "Allgemeinen Anforderungen" der Generalklausel zum Teil nicht unverändert in die Einzelvorschriften übernommen werden, sondern bei dieser Gelegenheit erweitert oder verengt werden.[1] So verlangen Art. 66 bayBO (entspr. § 72 MustBO) und Art. 78 III bayBO (entspr. § 82 III MustBO) entgegen dem Wortlaut der Generalklausel erhebliche Gefahren. Vergleiche hierzu Art. 78 III bayBO:

> "Soweit die Vorschriften der Art. 14 bis 68 und die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften nicht ausreichen, um die Anforderungen nach Art. 3 zu erfüllen, können die Kreisverwaltungsbehörden im Einzelfall weitergehende Anforderungen stellen, um erhebliche Gefahren abzuwenden."

Weitergehende Maßnahmen, die die sondergesetzlichen Ermächtigungen überschreiten, sind also nur unter den engen Voraussetzungen einer erheblichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zulässig und nicht bereits bei einer einfachen Gefahr für die Rechtsgüter der Generalklausel. Daß neben den Art. 14 - 68 der Art. 3 auch nicht unmittelbar als Rechtsgrundlage dienen kann, wurde bereits oben IV 1.3. erörtert.

---

1) Karpen a.a.O. S. 76 f

Ein weiteres Beispiel für eine unvollständige Verweisung auf § 3 stellt § 81 III schlhBO dar, der wörtlich mit § 82 III MustBO übereinstimmt.[1] In dieser Vorschrift ist zwar der Gefahrenbegriff nicht eingeschränkt, dafür ist lediglich von Gefahren bzw. Störungen für Leben und Gesundheit die Rede.[2]

Das hat zur Folge, daß auf die übrigen Rechtsgüter der öffentlichen Sicherheit sowie auf die öffentliche Ordnung nicht verwiesen wird. Soweit es um deren Schutz geht, sind die BAB im Rahmen der §§ 16 bis 71 schlhBO ausschließlich auf die sondergesetzlichen Ermächtigungen beschränkt. Das gilt ebenso in den Ländern, deren Bauordnungen eine dem § 82 III MustBO entsprechende Vorschrift, die auf § 3 verweist, nicht enthalten. In diesem Fall kommt § 3 erst dann wieder zum Tragen, und zwar unmittelbar als selbständige Rechtsgrundlage, wenn sich zeigt, daß die Sonderbestimmungen ihren Regelungsgegenstand nicht abschließend behandeln, sondern Lücken aufweisen, die durch die Generalklausel geschlossen werden können, vgl. oben IV 1.3.

---

1) § 81 III schlhBO lautet:
"Soweit im Einzelfall die §§ 16 bis 71 und die auf Grund dieser Bauordnung erlassenen Vorschriften nicht zur Erfüllung der Anforderungen nach § 3 Abs. 1 ausreichen, können die unteren Bauaufsichtsbehörden weitere Anforderungen stellen, um Gefahren für Leben oder Gesundheit abzuwehren und Störungen zu beseitigen."

2) Demgegenüber ist die entsprechende Vorschrift in der hBO, § 83 I 2 Hs. 2 auf den gesamten Aufgabenbereich des § 3 I 1 hBO erweitert. In den übrigen BOen fehlt eine derartige Vorschrift völlig.

Modifizierende Verweisungen der soeben beschriebenen Art, die die inhaltlichen Anforderungen der Generalklausel, auf die sie Bezug nehmen, verändern, können augenscheinlich nicht dazu beitragen, die Einheit des Gesetzes zu stärken. Sie mögen allenfalls den Zweck haben, den Gesetzeswortlaut zu vereinfachen.

Ob dieses Ziel durch die genannten Verweisungen sinnvoll erreicht wird, ist ebenfalls fraglich. Bei den oben genannten §§ 27, 28 I, 29, 30, 72 I und 82 III MustBO wird nur auf die Anforderungen von § 3 I 1 MustBO verwiesen. Es hätte also genügt, den Terminus "Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung" direkt in die Einzelnorm mit aufzunehmen, um dasselbe Ergebnis zu erhalten wie durch die Bezugnahme auf die "Anforderungen des § 3".[1] In solchen Fällen trägt die Verweisungstechnik weder zur Gesetzesökonomie noch zur Präzisierung bei.[2] Es besteht vielmehr die Gefahr, daß das Verständnis des Gesetzes durch die mehrfache Verknüpfung der einzelnen Paragraphen untereinander leidet.

---

1) Auf Verweisungen verzichten zB. folgende, dem § 72 I MustBO entsprechende Bestimmungen der LBOen: § 74 I bwBO, § 69 I nwBO, § 57 I rhpfBO

2) vgl. zu der Frage, wann Verweisungen sinnvoll sind auch Karpen S. 225

4. Auslegungsregel

Häufig werden Gesetze mit einer allgemeinen Leitvorschrift begonnen, der dann besondere Bedeutung für die Auslegung der Gesetze zukommt.[1] Diese Bedeutung liegt darin, daß entweder grundlegende Begriffsbestimmungen getroffen werden oder die gesetzgeberische Zielsetzung allgemein verdeutlicht wird.

Eine derartige Funktion drängt sich auch für die Generalklausel im Bauordnungsrecht auf. Sie ist als allgemeine Bestimmung einer Vielzahl von Einzelvorschriften für konkrete Sachverhalte vorangestellt, die ihrerseits die allgemeinen Grundsätze auf Teilgebieten verwirklichen sollen.[2] Vergleiche hierzu die amtliche Begründung zu § 3 MustBO:

> "Die Vorschrift enthält die allgemeinen und grundsätzlichen Anforderungen, die an bauliche Anlagen gestellt werden müssen. Sie gibt damit gleichzeitig den gesetzlichen Rahmen an, in dem sich alle auf Grund der BO erlassenen Vorschriften und Verwaltungsakte halten müssen."

Es kann also davon ausgegangen werden, daß mit der Beschreibung des allgemeinen "Sollzustandes" für bauliche Maßnahmen und Baugrundstücke durch die Generalklausel die grundlegenden Zielsetzungen

---

1) Müller, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, S. 37 dort zitiertes Beispiel: § 1 BundesJagdG

2) Larenz Methodenlehre S. 308:
"als Hinweis auf den durch den Zweck einer Regelung oder den Sinn eines Rechtsinstituts gegebenen inneren Zusammenhang kann die Systematik des Gesetzes auch als ein Hilfsmittel für die teleologische Auslegung dienen."

des Bauordnungsrechts formuliert werden sollten.[1] In der Praxis spielt dies eine Rolle bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe in der BO, deren Abgrenzung nicht ohne den Blick auf den Gesetzeszusammenhang und -zweck vorgenommen werden kann.[2]

So verlangt beispielsweise § 4 II Ziff. 1 MustBO:

> "Gebäude dürfen nur errichtet werden, wenn das Grundstück nach Lage, Form, Größe und Beschaffenheit für die beabsichtigte Bebauung geeignet ist." (Hervorhebung v. Verf.)

Unbestimmter Rechtsbegriff ist hier die Geeignetheit. Es soll zunächst versucht werden, diesen Begriff aus dem Sinnzusammenhang, in dem er steht, auszulegen. Primär ist die konkrete Vorschrift des § 4 MustBO heranzuziehen, um das Maß der Geeignetheit zu bestimmen. Hieraus ergeben sich freilich keine brauchbaren Auslegungskriterien, denn die Frage, ob ein Grundstück für eine Bebauung geeignet ist, kann auf unterschiedliche Weise beantwortet werden, je nachdem, ob man wirtschaftliche, städteplanerische, ästhetische oder rein sicherheitsrechtliche Maßstäbe anlegt.

Zur näheren Bestimmung muß daher auf die Zwecksetzung des Gesetzes zurückgegriffen werden, in dessen Zusammenhang § 4 eingebettet ist. Ein Grundstück ist danach zur Bebauung geeignet, wenn die Anforderungen der BO erfüllt sind. § 4 bezeichnet sie nicht näher. Maßgebend sind folglich

---

1) daß damit nicht alle Zielsetzungen der Einzelvorschriften erfaßt sind, wurde bereits oben IV 1.1.1.3. und IV 1.1.2.3. sowie IV 1.2.1.3. ausgeführt.

2) E. Forsthoff, Verwaltungsrecht I S. 85: Unbestimmte Rechtsbegriffe "sind aus dem Sinnzusammenhang, in dem sie stehen, mit normativer Wirkung näher zu bestimmen, also im Wege der Auslegung."

die allgemeinen und grundsätzlichen Gesichtspunkte und hierüber kann - wie oben gezeigt - die Generalklausel nähere Aufschlüsse geben. Im Ergebnis ist also ein Grundstück dann als geeignet anzusehen, wenn es im Hinblick auf die zu erwartende Bebauung keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt.

Problematisch ist, ob auch diejenigen Zielsetzungen der Bauordnung zur Auslegung herangezogen werden können, die nicht in der Generalklausel enthalten sind, sondern sich nur aus Einzelvorschriften erschließen lassen, insbesondere also die sozial- und wohlfahrtsrechtlichen Belange.[1)]

Hier ist zu bedenken, daß diese Gesichtspunkte planerischer Natur sind, also gestaltend für die Zukunft wirken sollen. Derartige Zielsetzungen müssen aber vom Gesetzgeber vorgegeben werden, sie können nicht vom jeweiligen Gesetzesanwender "hineininterpretiert" werden.
Für die Bauordnung ergibt sich daraus, daß die sozialen Belange selbstverständlich im Rahmen der Bestimmungen zu berücksichtigen sind, in denen sie ausdrücklich angesprochen sind. Soweit sich in diesen Vorschriften unbestimmte Rechtsbegriffe befinden, ist für sie das jeweilige gestalterische Programm der Norm ebenso zur Auslegung heranzuziehen, wie der Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr. So ist der Begriff der Geeignetheit in § 4 II Ziff. 1 MustBO unter Umständen anders zu bewerten als in Art. 8 I Hs. 1 bayBO, wo es heißt:

> "Werden Gebäude mit insgesamt mehr als drei Wohnungen errichtet, so ist auf dem Baugrundstück ein Kinderspielplatz in geeigneter Lage anzulegen und zu unterhalten." (Hervorhebung v. Verf.)

---

1) soweit diese Belange nicht - wie in Rheinland-Pfalz und Niedersachsen - in die Generalklausel mitaufgenommen sind.

In letzteren Fall kann Maßstab für die Geeignetheit der Lage nicht nur die Gefahrenabwehr, zB. die Verkehrssicherheit, sein, sondern auch eine evtl. pädagogische Zielsetzung.
Problematisch ist es aber, die vereinzelt niedergelegten Sozial- und Wohlfahrtsbelange als Auslegungskriterien für das gesamte Bauordnungsrecht heranzuziehen, soweit sie nicht in einer allgemeinen Bestimmung normiert sind. Die sozial- und wohlfahrtsrechtlichen Sondervorschriften verfolgen ihrerseits unterschiedliche Zielsetzungen, wie Schutz bestimmter Personengruppen (alte Menschen, Behinderte, Personen mit Kleinkindern), Verbesserung der Stadtentwicklung (Gemeinschaftsanlagen, Kinderspielplätze), Hebung der Wohnqualität (Besonnung der Wohnungen, Abstellplätze).[1] Sie sind darüberhinaus zu vereinzelt, um ein allgemeines gesetzgeberisches Programm aus ihnen ableiten zu können, das ohne weiteres als richtungweisend dem gesamten Bauordnungsrecht unterstellt werden könnte, auch wenn dies in der Praxis wünschenswert wäre.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang der unterschiedliche Regelungsumfang der Generalklauseln von Niedersachsen und Rheinland-Pfalz, die beide soziale und wohlfahrtsrechtliche Belange ansprechen. Obwohl die gesetzgeberische Intention in beiden Ländern dieselbe war, nämlich die in der Bauordnung enthaltenen sozialen Anforderungen bereits in der Generalklausel zum Ausdruck zu bringen, wurde in Rheinland-Pfalz die Sozialklausel nur auf besonders schützenswerte Bevölkerungsgruppen ausgedehnt, während in Niedersachsen alle Bewohner miteinbezogen wurden. Andererseits drückt Rheinland-Pfalz das Planziel allgemeiner und umfassender aus (Berücksichtigung "besonderer Belange"), demgegenüber Niedersachsen gezielt auf die "gesunden Wohn- und Arbeitsverhältnisse" abstellt.

---

1) vgl. oben IV 1.1.1.3. a) und IV 1.2.1.3.

Eindeutig läßt sich aus den Einzelbestimmungen also weder die geschützte Personengruppe ableiten noch ein bestimmtes Planziel.

Es bleibt im Ergebnis dabei, daß nur die in der jeweiligen Generalklausel angesprochenen Belange als Auslegungskriterien geeignet sind, wenn es gilt, die allgemeinen baurechtlichen Zielsetzungen zu bestimmen.

Abgesehen von der erörterten Bedeutung des § 3 als Auslegungshilfe für unbestimmte Rechtsbegriffe spielt er in dieser Funktion auch eine wichtige Rolle für den Abwägungsvorgang bei der Ausübung von Verwaltungsermessen. Nähere Ausführungen hierzu folgen unten IV 5.

5. Rahmennorm

Mehrere Kommentatoren betonen neben der Funktion der Generalklausel als Rechtsgrundlage und als materielle Grundnorm[1] ihre Bedeutung als Rahmennorm[2].

Der Begriff der Rahmennorm ist terminologisch nicht festgelegt. Er wird auch von den genannten Autoren nicht näher erläutert. Um zu klären, ob mit dieser Bezeichnung eine bisher noch nicht erörterte Funktion der Generalklausel angesprochen ist, soll im folgenden auf die Fallgruppen eingegangen werden, für die von der Literatur die "Rahmen-Funktion" in Anspruch genommen wird.

Am ausführlichsten nimmt Mang-Simon[3] Stellung:

> "Art. 3 steckt weiterhin den Rahmen ab für weitergehende Anforderungen nach Art. 78 Abs. 3, in denen die erlassenen Einzelvorschriften nicht ausreichen, und für nachträgliche Anforderungen an bestehende bauliche Anlagen nach Art. 78 Abs. 4. Schließlich bestimmt Art. 3 die Grenzen für die Ausübung des Ermessens bei der Gewährung von Ausnahmen und Befreiungen (Art. 88) in den gesetzlich zugelassenen Fällen und für die Anordnung von Auflagen, Bedingungen, Befristungen oder Widerrufvorbehalten (vgl. Art. 91 V, VI), soweit nichts Besonderes vorgeschrieben ist."

Bei den Beispielsfällen, die näher zu beleuchten sind, handelt es sich also um Art. 78 III, IV bayBO sowie um die Fälle der Ermessensbbetätigung bei der Anordnung von Nebenbestimmungen zu bauordnungsrechtlichen Verwaltungsakten und bei der Erteilung von Ausnahmen und Befreiungen.

---

1) vgl. unten S. [illegible]

2) Mang-Simon a.a.O. Art. 3 Rdnr. 4; Gädtke a.a.O. Anm. zu Abs. 1 des § 3 nwBO; Förster/Grundei/Schmidt/Willert a.a.O. Anm. 1a zu § 3 blnBO; Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert a.a.O. § 1 nBO Rdnr. 3

3) a.a.O.

5.1. Art. 78 III und IV bayBO

Die Bedeutung der Generalklausel im Hinblick auf Art. 78 III [1] bayBO wurde oben IV 3. ausführlich beschrieben:
Art. 3 bayBO spielt die Rolle einer Bezugsnorm innerhalb einer Verweisungkette. Es liegt nichts anderes vor als die bereits beschriebene gesetzgeberische Verweisungstechnik. Ein selbständiger neuer Anwendungsbereich für die Generalklausel eröffnet sich hier nicht.

In Art. 78 IV [2] bayBO hingegen wird nicht auf die Generalklausel verwiesen. Art. 78 IV bayBO stellt selbst die materiellen Anforderungen fest, die ein Eingreifen der BAB zur Kontrolle bestehender baulicher Anlagen rechtfertigen, nämlich erhebliche Gefahren für Leben und Gesundheit bzw. Verunstaltungen des Straßen-, Orts- oder Landschaftsbildes. Diese Eingriffsvoraussetzungen decken sich zum Teil mit den "allgemeinen Anforderungen" des Art. 3. Der Normzweck des Art. 78 IV stimmt folglich mit dem des Art. 3 insoweit überein, als beide Vorschriften den Schutz der öffentlichen Sicherheit verfolgen.

---

1) Art. 78 III: "Soweit die Vorschriften der Art. 14 bis 68 und die aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften nicht ausreichen, um die Anforderungen nach Art. 3 zu erfüllen, können die Kreisverwaltungsbehörden im Einzelfall weitergehende Anforderungen stellen, um erhebliche Gefahren abzuwehren."

2) Art. 78 IV bayBO: "Bei bestehenden baulichen Anlagen können die Bauaufsichtsbehörden Anforderungen stellen, wenn das zur Abwehr von erheblichen Gefahren für Leben oder Gesundheit oder zum Schutz des Straßen-, Orts- oder Landschaftsbilds vor Verunstaltungen notwendig ist."

Allerdings ist Art. 78 IV bayBO als Spezialbestimmung lediglich auf bestehende bauliche Anlagen bezogen und nicht auf bauliche Anlagen schlechthin wie die Generalklausel.
Es erweist sich aber weder als sachgerecht noch als notwendig, Art. 3 als Rahmen- oder Schrankenbestimmung für Art. 78 IV bayBO heranzuziehen. Denn Art. 78 IV bayBO ist sowohl hinsichtlich des anzustrebenden Sollzustandes als auch in Bezug auf die normrelevanten Abweichungen enger als Art 3 bayBO. So normiert er lediglich Leben bzw. Gesundheit als Schutzgüter und nicht die gesamte öffentliche Sicherheit. Auch Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung können nicht auf Art. 78 IV bayBO gestützt werden. Zum anderen beschränkt Art. 78 IV bayBO die normrelevanten Abweichungen auf erhebliche Gefahren und verbietet ein Eingreifen bei lediglich einfachen Gefahren. Es ist nicht ersichtlich, wie die in jeder Beziehung weiter gefaßte Generalklausel dem tatbestandlich engeren Art. 78 IV bayBO einen Rahmen setzen soll, oder mit anderen Worten, wie sie als Begrenzung der bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse aus Art. 78 IV bayBO herangezogen werden soll. Art. 78 IV bayBO stellt seinerseits eine Konkretisierung der Generalklausel und damit eine Verengung der allgemeineren Norm auf die Regelung eines bestimmten Sondertatbestandes dar.

Es soll freilich nicht verkannt werden, daß die Generalklausel für die Auslegung der speziellen Einzelvorschriften eine wichtige Rolle spielen kann. Zu denken wäre vorliegend an die Interpretation des Begriffs "Gefahr" in Art. 78 IV bayBO. Die Generalklausel, nach dem Muster der polizeilichen Generalklausel ausgestaltet, und als Leitlinie an den Anfang der Bauordnung gestellt, gibt einen wichtigen Hinweis darauf, daß auch

für das Bauordnungsrecht der allgemeine sicherheitsrechtliche Gefahrbegriff Geltung haben soll.
Die Bedeutung, die der Generalklausel in dieser Hinsicht für die Auslegung der Einzelvorschriften zukommt, wurde bereits oben unter der Bezeichnung "Auslegungshilfe" erwähnt. § 3 bzw. Art. 3 hat hier nicht etwa eine gesonderte, gerade im Verhältnis zu Art. 78 IV bayBO aufscheinende "Rahmenfunktion".

5.2. Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten

Es bleibt die Untersuchung, welche Rolle Art. 3 bayBO (entspr. § 3 der übrigen BOen) bei der Festlegung von Auflagen, Bedingungen, Befristungen und Widerrufsvorbehalten spielt.
Im Baurecht sind solche Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten bedeutsam als Einschränkungen bei der Erteilung von Baugenehmigungen.

Jede belastende Nebenbestimmung engt den Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung ein und muß sich nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes auf eine materielle Rechtsgrundlage stützen.[1)]
Hier käme § 93 IV MustBO in Frage, der entsprechend in alle LandesBOen übernommen wurde.
Er enthält die ausdrückliche Ermächtigung, eine Baugenehmigung mit Auflagen und Bedingungen zu versehen. § 93 IV legt aber die Umstände, unter denen belastende Nebenbestimmungen erteilt werden können, in keiner Weise fest. Er hat ausschließlich formellen Charakter und ist als Rechtsgrundlage daher zu unbestimmt.[2)]

---

1) Wolff I § 30 III 6; Schachel, Nebenbestimmungen S. 100 fn. 110

2) So auch Mang-Simon a.a.O. Art. 91 Rdnr. 32

5.2.1. Nebenbestimmungen mit spezieller Rechtsgrundlage in der BO

5.2.1.1. gebundene Nebenbestimmungen

Materiell substantiierte Zulässigkeitsvoraussetzungen für Nebenbestimmungen finden sich zT in Einzelvorschriften der BOen, vgl. § 70 MustBO (Befristungen für Baugenehmigungen für Baracken), § 71 MustBO (Befristungen bei Ausnahmen für untergeordnete Gebäude) § 97 II (Widerrufvorbehalt für Typengenehmigungen).
Ist die Anordnung einer Nebenbestimmung unter bestimmten Voraussetzungen zwingend vorgeschrieben (vgl. vorige Beispiele), bleibt für die Anwendung von § 3 kein Raum. Maßgebend sind allein die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der speziellen Vorschrift.

5.2.1.2. Ermessensentscheidungen

In vielen Fällen sind zwar die Voraussetzungen, unter denen eine Nebenbestimmung angeordnet werden kann, in einer Einzelregelung besonders ausgeführt, es ist aber in das Ermessen der Behörde gestellt, ob sie von der Möglichkeit einer Auflage, Bedingung etc. überhaupt Gebrauch macht, vgl. zB. § 95 III MustBO.
Ist hier § 3 als Leitlinie des Ermessens maßgebend?

Für die Richtlinien bei der Ermessensausübung trifft die BO keine speziellen Regelungen. Es gelten die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts. Danach muß sich jede Nebenbestimmung im Rahmen der Zwecksetzung des Verwaltungsakts halten, mit dem sie

verbunden wird, sie muß sachbezogen und sachgerecht sein, § 40 VwVfG.[1] Dies ist in § 36 III VwVfG ausdrücklich für Nebenbestimmungen normiert.
Zunächst ist zur Beurteilung der Sachgerechtigkeit einer Ermessensmaßnahme die konkrete Vorschrift heranzuziehen, auf die der Verwaltungsakt gestützt wird, der mit der Nebenbestimmung versehen werden soll. Sollte es sich dabei zB. um eine Norm handeln, die der Wohlfahrtspflege dient, ist selbstverständlich dieser Normzweck auch für die Festlegung der Nebenbestimmung verbindlich. § 3, der lediglich den Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr beinhaltet, wäre als Maßstab für die Ermessenbetätigung in diesem Fall zu eng.[2]
Bei Ermessensvorschriften im Rahmen der Gefahrenabwehr kann allerdings § 3 zur Beurteilung des Normzwecks - und damit der Sachgerechtigkeit einer evtl. Ermessensmaßnahme - herangezogen werden. Er fungiert in diesem Falle aber nicht direkt als Begrenzung des Ermessens. Rein dogmatisch

---

1) BVerwGE 36,145 (147ff); Erichsen/Martens Allg. Verwaltungsrecht S. 177 ff
Schachel, Nebenbestimmungen S. 96, 116

2) a.A. Mang-Simon a.a.O. Art. 91 Rdnr. 32:
"Die rechtliche Grenze für Auflagen gibt letztlich immer die Generalklausel des Art. 3:"
Er geht in diesem Zusammenhang auf wohlfahrts- und sozialplanerische Zielsetzungen der BO überhaupt nicht ein. Wenige Sätze vorher schreibt Mang-Simon allerdings:
"der rechtliche Rahmen für Auflagen wird durch Art. 78 II umrissen."
Wie bereits weiter oben dargelegt IV 1.1.1.2. b) cc), verweist Art. 78 II bayBO umfassend auf die öffentlichen Interessen, ohne Beschränkung auf die Gefahrenabwehr.

stellt § 3 lediglich materielle Anforderungen an bauliche Anlagen, er engt allenfalls die Handlungs- bzw. Baufreiheit des Bürgers ein. Die den BAB in Form der Ermessensgrenzen auferlegten Handlungsbeschränkungen beruhen hingegen auf § 40 VwVfG[1] und den durch Auslegung der BO zu ermittelnden Wertmaßstäben des Bauordnungsrechts.[2] In diesem Zusammenhang stellt die Generalklausel zwar ein wichtiges Auslegungskriterium für die Zielsetzungen und Wertmaßstäbe des Bauordnungsrechts dar - jedenfalls hinsichtlich der rein ordnungsrechtlichen Belange - eine darüberhinausgehende Bedeutung ist jedoch nicht erkennbar. Die Funktion des § 3 als Auslegungsmaßstab wurde bereits oben IV 3. erörtert.

5.2.2. Nebenbestimmungen ohne spezielle Rechtsgrundlage in der BO

5.2.2.1. Nebenbestimmungen bei gebundenen Verwaltungsakten

Auch wenn die Voraussetzungen zum Erlaß von Nebenbestimmungen nicht ausdrücklich in der BO niedergelegt sind, sind diese gem. § 36 I [3] VwVfG rechtmäßig, soweit sie lediglich sicherstellen, daß die gesetzlichen Voraussetzungen eines begünstigenden

---

1) § 40 VwVfG: "Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessen einzuhalten."

2) Wolff I § 36 II d 2

3) § 36 Abs. 1 VwVfG: "Ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, darf mit einer Nebenbestimmung nur versehen werden, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden."

Verwaltungsakts, auf dessen Erlaß ein Rechtsanspruch besteht, erfüllt werden.[1] Auf den Fall einer Baugenehmigung angewandt bedeutet dies, daß Nebenbestimmungen nur dazu dienen dürfen, einen Versagungsgrund zu beseitigen, der sonst der Erteilung im Wege stünde.[2] Daraus folgt, daß sich die Anordnung von Nebenbestimmungen im Rahmen der gesetzlichen Versagungsgründe halten muß.[3] Zur Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit sind die materiellen Vorschriften, nach denen eine Baugenehmigung abgelehnt werden müßte, sowie die Voraussetzungen des § 36 VwVfG heranzuziehen.
Nur in den wenigen Fällen, in denen ein Antrag auf Baugenehmigung wegen Verstoßes allein gegen § 3 und nicht gegen eine Sondervorschrift zurückgewiesen werden müßte, kann § 3 also für die Anordnung einer Nebenbestimmung eine Rolle spielen.
Aber auch darin liegt keine neue spezifische Funktion der Generalklausel. Es handelt sich hierbei um eine Folge aus der Tatsache, daß § 3 zwingende materielle Voraussetzungen für die Erteilung eines begünstigenden Verwaltungsaktes aufstellt, bei deren Nichtvorliegen der Verwaltungsakt versagt werden muß. Das entspricht also letztlich der Funktion des § 3 als (materieller Bestandteil einer) Rechtsgrundlage für belastende behördliche Maßnahmen, wobei die belastende Maßnahme zB. in der Zurückweisung eines Antrags auf Erteilung einer

---

1) für die Anwendung auch im Baurecht: vgl Beispiele bei Erichsen/Martens § 14 II 2 und Martens Jus 75,69 f

2) Allerdings darf es nicht an wesentlichen baurechtlichen Grundvoraussetzungen fehlen - für diesen Fall muß eine Baugenehmigung abgelehnt werden, - sondern nur an weniger bedeutsamen Nebenpunkten; Stelkens/Bonk/Leonhard VwVfG § 36, Rdnr. 29
vgl. hierzu auch Schachel, Nebenbestimmungen S. 97 f

3) BGH BB 55,9
So auch Schachel, Nebenbestimmungen S. 96

Baugenehmigung, die den Anforderungen der Generalklausel widerspräche, zu sehen ist. Mittels der Vorschrift des § 36 I VwVfG können Bestimmungen, auf die die Versagung eines Verwaltungsakts gestützt werden kann, immer zugleich Rechtsgrundlage für Auflagen, Bedingungen etc. sein.

5.2.2.2. Nebenbestimmungen bei Ermessensentscheidungen:

In Verbindung mit Ermessensentscheidungen der Bauaufsichtsbehörden sind Nebenbestimmungen immer zulässig. Steht es im Ermessen einer Behörde, ob sie einen Verwaltungsakt überhaupt erläßt, kann sie ihn auch mit einer einschränkenden Nebenbestimmung versehen,[1] § 36 II VwVfG.
Zu den Maßstäben für die Ausübung des Ermessens und der Bedeutung, die § 3 hierbei zukommt, gilt das oben zu 5.2.1.2. Ausgeführte.

5.3. Ausnahmen und Befreiungen

Die Erteilung von Ausnahmen und Befreiungen steht grundsätzlich im Ermessen der Behörden, vgl. § 91 MustBO.
Für die Ausübung des Ermessens gelten dieselben allgemeinen Erwägungen wie oben 5.2.1.2. Die Akzente sind allerdings insoweit verschoben, als Ausnahmen und Befreiungen nicht nur zum Wohl der allg. Sicherheit und Ordnung erlassen werden können, sondern auch und insbesondere im Privatinteresse.

---

1) Stelken/Bonke/Leonhard, § 36 Rdnr. 36
Schachel, Nebenbestimmungen S. 115

Der Normzweck der BO muß in diesem Fall nicht zwingend der leitende Gesichtspunkt bei der Ermessensausübung sein, sondern er stellt gewissermaßen eine untere Ermessensschranke dar, in dem Sinne, daß Ausnahmen und Befreiungen dem Normzweck jedenfalls nicht zuwiderlaufen dürfen. Solange dies gesichert ist, kann das primäre Ziel des begünstigenden Verwaltungshandelns auch der Verwirklichung eines privaten, polizeilich nicht geschützten Interesses dienen.[1)]

§ 3 ist hier ebenfalls nur zur Auslegung des Normzwecks, zur Festlegung der zu beachtenden öffentlichen Interessen heranzuziehen. Er hat also die bereits bekannte Funktion eines Auslegungskriteriums.

Im Ergebnis lassen sich alle die Fälle, in denen die Bedeutung der Generalklausel als Rahmennorm hervorgehoben wird, auf folgende drei Funktionen des § 3 zurückführen: unmittelbare Rechtsgrundlage, mittelbare Anwendung durch Verweisung und Auslegungsregel.
Eine hiervon abgesetzte Bedeutung des § 3 als Rahmennorm kann nicht festgestellt werden.

---

1) vgl. zum Ganzen: Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert a.a.O. § 85 Rdnr. 3 ff; Mang-Simon a.a.O. Art. 88 Rdnr. 19; Gädtke a.a.O. § 86 Anm. zu Abs. 1 (S.145) auf die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen für Ausnahmen und Befreiungen soll hier nicht näher eingegangen werden.

6. Materielle Grundnorm

In der Kommentarliteratur wird § 3 zum Teil als materielle Grundnorm bezeichnet[1]. Bei diesem Begriff handelt es sich ebensowenig wie bei dem Begriff der Rahmennorm um einen feststehenden rechtlichen terminus technicus. Die Autoren, die diese Bezeichnung verwenden, erläutern auch nicht näher, welche rechtlichen Konsequenzen für den Anwendungsbereich der Generalklausel sie aus der Charakterisierung als materielle Grundnorm ziehen wollen.

Geht man von der reinen Wortbedeutung aus, so enthält der Begriff keine Elemente, die nicht in den bisherigen Erörterungen berücksichtigt worden sind.
Der materielle Charakter der Generalklausel wurde bereits oben IV 1.1.1.2. a) und IV 1.2.1.1. näher beschrieben. Die Bedeutung, die § 3 als Grundnorm für Verwaltungshandeln der BAB zukommt, wurde dargestellt bei den Aufgaben als mittelbare und unmittelbare Rechtsgrundlage sowie als Auslegungshilfe. Darüberhinaus läßt sich aus der Wortbedeutung "Grundnorm" keine weitere Funktion der Generalklausel ableiten.

Die Generalklausel hat aber nicht nur für behördliche Maßnahmen eine rechtliche Bedeutung.
Sie richtet sich gerade nicht ausschließlich an die Verwaltungsbehörden und schreibt ihnen ein konkretes Vorgehen unter festgelegten Tatbestandsvoraussetzungen vor, sondern sie stellt nur objektbezogene Anforderungen an bauliche Anlagen.

---

1) insbesondere zur bayBO: Mang-Simon a.a.O. Art. 1 Rdnr. 1
Koch-Molodovsky a.a.O. Anm. 1 zu Art. 3;
Weinisch/Wambsganz/Baumgartner/Wiebel a.a.O. Anm. 1 zu Art. 3

Wolff[1] spricht im Zusammenhang mit derartigen Normen, die lediglich ein bestimmtes Verhalten bzw. einen bestimmten Zustand ohne Angabe von Rechtsfolgen anordnen, von "tatbestandslosen kategorischen Geboten". Dadurch, daß § 3 ganz allgemein den Sollzustand baulicher Anlagen beschreibt wird er unmittelbar zur Gebotsnorm für den Privaten, der eine bauliche Anlage errichtet oder unterhält: auch er ist an die materiellen Anforderungen der Generalklausel für sein Bauvorhaben gebunden.
Als Rechtsgrundlage für behördliches Eingreifen mit festgelegter Rechtsfolge kann § 3 hingegen erst im Zusammenhang mit weiteren Rechtsvorschriften herangezogen werden, wie vorstehend[2] gezeigt wurde.

Hier besteht ein dogmatischer Unterschied zur polizeilichen Generalklausel, die zwar bei Abweichungen vom Zustand der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unmittelbar polizeiliches Einschreiten zuläßt und sogar gebietet, die aber kein Gebot enthält, sich primär entsprechend den Anforderungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu verhalten.
Meist beruht allerdings ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung gerade darauf, daß gegen eine gesetzliche, den Bürger verpflichtende Vorschrift verstoßen wird, so daß die Ordnungsbehörden mittelbar doch einer Verbots- bzw. Gebotsnorm zur Geltung verhelfen.

Mögliche Abweichungen, die dadurch entstehen, daß sich die baurechtliche Generalklausel als kategorische Norm an alle wendet und nicht nur an die öffentliche Gewalt, können im Bereich

---

1) Wolff I § 24 II c 2 a
2) IV 1.1.1.2. b); IV 1.2.1.2.

der "öffentlichen Ordnung" auftreten. Wie bereits mehrmals erwähnt, beschreibt der Ordnungsbegriff außerrechtliche, lediglich soziale Normen. Mit der zwingenden gesetzlichen Anweisung an den Bürger, daß bauliche Maßnahmen der öffentlichen Ordnung entsprechen müssen, wird diesen Sozialnormen praktisch unmittelbare Rechtsgeltung verschafft.

Der Bereich, in dem Baumaßnahmen ausschließlich gegen die öffentliche Ordnung verstoßen, ist freilich verschwindend klein. Es soll daher an dieser Stelle der kurze Hinweis darauf genügen, daß die Generalklausel dogmatisch auch unmittelbar den Privaten verpflichten kann. Eine praktische Bedeutung hat diese Tatsache ohnedies nicht, denn das kategorische Gebot kann im Falle der Nichtbeachtung ebenfalls nur "baupolizeiliches" Einschreiten nach sich ziehen - ein Vorgehen, zu dem die BAB bei einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in jedem Fall berechtigt sind.

7. Präambel

Eine generelle Klausel am Beginn eines Gesetzes kann auch lediglich die Funktion eines Vorspruchs, eines gesetzgeberischen Programms ohne unmittelbare rechtliche Bedeutung, haben.[1) 2)]

Daß dies bei § 3 nicht ausschließlich der Fall ist, zeigen bereits die vorhergehenden Ausführungen. Eine "auch-programmsatzähnliche" Wirkung ist freilich immer dann nicht auszuschließen, wenn sich aus einer Generalklausel - wie hier - Zielsetzungen des Gesetzgebers bei Erlaß des Gesetzes ablesen lassen. Daraus entstehen aber keine weiteren Folgen, als daß diese erkannten gesetzgeberischen Ziele ihrerseits als Auslegungskriterien herangezogen werden können (vgl. oben IV 4.). Wesentlich für die Würdigung der rechtlichen Tragweite des § 3 kann nur sein, ob er ausschließlich als Programmsatz angesprochen werden muß. Dies ist, wie bereits ausgeführt, nicht der Fall.

In den vorstehenden Abschnitten wurden sieben mögliche Funktionen der Generalklausel behandelt. Sie sollen zur besseren Übersicht hier noch einmal zusammengestellt werden:

1. Rechtsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen im Einzelfall
2. Ermächtigungsgrundlage für Verordnungen
3. Mittelbare Anwendung durch Verweisung
4. Auslegungsregel
5. Rahmennorm
6. Materielle Grundnorm
7. Präambel

---

1) vgl. zB. §§ 1 AMG, BDSchG, BNatSchG, FlurBerG, AtomG

2) Werner, Zum Verhältnis von gesetzlicher Generalklausel und Richterrecht, S. 12
Creifelds, Rechtswörterbuch, Stichwort "Präambel"

Eine selbständige Bedeutung für § 3 war nur im Rahmen der Ziff 1 - 4 festzustellen, wobei sich die Ziff 1. und 2. wiederum zusammenfassen lassen zu der Funktion der "unmittelbaren Rechtsgrundlage", und zwar im ersteren Fall für Einzeleingriffe, im zweiteren Fall für Verordnungen.
Es bleiben somit drei selbständige Anwendungsmöglichkeiten für die Generalklausel:

a) unmittelbare Rechtsgrundlage
b) mittelbare Anwendung durch Verweisung
c) Auslegungsregel

Auf diese drei Bereiche können - wie gezeigt - auch die oben unter Ziff 5 - 7 erörterten Gesichtspunkte zurückgeführt werden.

V Bedeutung der Generalklausel in der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte (bzw. der Verwaltungsgerichtshöfe)

In der bisherigen Darstellung wurde im Wege der Gesetzesauslegung überprüft, welche Anwendungsmöglichkeiten für die Generalklausel denkbar sind, bzw. in welchen Fällen ihr keine rechtliche Bedeutung zukommen kann.

Die folgende Untersuchung soll zeigen, welchen Gebrauch die Rechtspraxis tatsächlich von den §§ 3 der Bauordnungen macht.
Hierfür wurden die veröffentlichten Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte (in Bayern und Baden-Württemberg: Verwaltungsgerichtshöfe) zusammengestellt, in denen die Generalklausel der jeweiligen Landesbauordnungen erwähnt ist. Die Urteile wurden geordnet nach der rechtlichen Funktion, die jeweils dem § 3 zuerkannt war. Entsprechend den oben gefundenen theoretischen Anwendungsmöglichkeiten[1)] ergab sich, daß die Generalklausel von den Gerichten zum Teil als Rechtsgrundlage für Einzeleingriffe, zum Teil als Bezugsnorm bei Verweisungen oder aber als Auslegungshilfe herangezogen wurde.

Die Zahl der Entscheidungen, die auf § 3 eingehen, ist insgesamt sehr klein. Darüberhinaus stellt die Generalklausel in diesen Urteilen meist nicht die zentrale Bestimmung der Urteilsbegründung dar. In der Regel wird der § 3 nur "mitzitiert", ohne daß näher ausgeführt wird, warum man gerade in diesem Fall auf die Generalklausel zurückgreift.

Im einzelnen ergab sich bei der Entscheidungsauswertung folgendes Bild:

---

1) vgl. Zusammenfassung auf der vorigen Seite

1. Anwendung des § 3 in seiner Funktion als materieller Bestandteil einer Rechtsgrundlage

Als materieller Bestandteil einer bauordnungsrechtlichen Eingriffsermächtigung wird § 3 in folgenden Entscheidungen herangezogen:[1)]

- OVG Münster, OVGE 20,296, U.v.16.11.64:

  Die Klägerin, die Eigentümerin eines mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks ist, errichtete auf der dem Wohngebäude gegenüberliegenden Straßenseite auf einem ebenfalls ihr gehörigen Grundstück ohne Baugenehmigung eine Garage. Die Garage befand sich in einer Entfernung von 4 m zu dem befestigten Straßendamm. Es war jedoch der Ausbau der Straße beschlossen, und von der zukünftigen, bereits festgesetzten, Straßenfluchtlinie war die Garage nur 1,20 m entfernt.
  Die BAB verfügten den Abriß der Garage, da sie die zukünftige Straßenerweiterung behindere. Hiergegen wandte sich die Klägerin.

  Das Gericht ging davon aus, daß Rechtsgrundlage für die Beseitigungsverfügung die §§ 1,14,15 OBG sein müßten, also die ordnungsrechtliche Generalklausel. Nach unserem bisherigen Ergebnis hätte zunächst geprüft werden müssen, ob die Verfügung nicht auf die baurechtliche Generalklausel gestützt werden konnte. Die Frage, ob die allgemeine polizeiliche Generalklausel neben der baurechtlichen Generalklausel zur Anwendung kommen kann, soll aber nicht weiter vertieft werden. Bei dem vorliegenden Sachverhalt interessiert hauptsächlich, ob überhaupt eine Generalklausel heranzuziehen war, oder ob die BAB eine Spezialermächtigung zur Verfügung hatten.

---

1) Dies entspricht der Funktion des § 3 nach oben IV 1. Unberücksichtigt sind die Entscheidungen, die sich ausschließlich auf den Verunstaltungsschutz in § 3 I Satz 2 beziehen.

Im Falle materiellrechtlicher Baurechtswidrigkeit ergibt sich die Rechtsgrundlage für Beseitigungsmaßnahmen in der nwBO aus der allgemeinen formellen Eingriffsermächtigung des § 76 Abs. 1 in Verbindung mit der entsprechenden Vorschrift, gegen die verstoßen wurde.[1)]

In dem Urteil wird festgestellt, die Garage verletze die Anforderungen des § 3 I 1 nwBO, denn bei einem Ausbau der Straße auf die vorgesehene Breite stelle die Benutzung der Garage eine Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs dar. Unterstellt man, daß sich die Gefährdung der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs ausschließlich als Verletzung der Generalklausel darstellt, so wäre in der Tat auch die Generalklausel Rechtsgrundlage für eine Abrißverfügung.[2)] Fraglich wäre lediglich, ob neben der baurechtlichen Generalklausel auf die polizeiliche Generalklausel zurückgegriffen werden kann.

In dem entschiedenen Fall wäre das OVG Münster allerdings nicht gezwungen gewesen, eine Generalklausel heranzuziehen. Bezüglich der Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs enthält die nwBO eine einschlägige Sondervorschrift in § 21 II. Sie hätte angewendet werden können (und müssen). Offensichtlich sieht das OVG aber in § 3 - anstelle von § 76 I - nur die formelle Berechtigung für die Abrißmaßnahmen und in § 21 lediglich dessen materielle Konkretisierung.

---

1) In den übrigen BOen existieren Spezialermächtigungen für Abrißverfügungen.

2) Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, entschied das Gericht allerdings, daß die Garage bis zum tatsächlichen Straßenbau geduldet werden müsse.

Das würde auch verständlich machen, warum das

- OVG Münster in OVGE 25,102 (109) U.v.17.07.69 die §§ 3 I und 21 II nwBO zusammen zitiert. Auch in diesem Fall handelte es sich um die Beurteilung einer baulichen Anlage, bzw. deren Benutzung, anhand der Bedürfnisse des Straßenverkehrs. Hier wäre es ebenfalls ausreichend gewesen, die Maßnahme auf § 21 (iVm § 76 I) nwBO zu stützen.

- OVG Rheinland-Pfalz, OVGE 10,30 U.v. 3.3.66 = BRS 17,200:
  In dem entschiedenen Fall beantragte ein Bauwerber die Baugenehmigung für eine Tankstelle. Sie wurde versagt, da u.a. die Möglichkeit bestand, daß die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs beeinträchtigt würde.
  Im Ergebnis hob das Gericht die ablehnende Verfügung der BAB auf, da die bloße Möglichkeit einer Verkehrsgefährdung zur Versagung nicht ausreiche, vielmehr eine konkrete Gefahr ersichtlich sein müsse.
  Das Gericht führte dabei aus, daß grundsätzlich sowohl § 3 I 1 rhpfBO als auch § 4 VI rhpfBO (Sondervorschrift über die Anforderungen baulicher Anlagen in Bezug auf die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs) die Versagung einer Baugenehmigung rechtfertigen könnten. Es erörterte allerdings das Zusammenspiel dieser beiden Vorschriften nicht weiter. Nach der hier vertretenen Ansicht, verdrängt § 4 IV rhpfBO als Rechtsgrundlage die Generalklausel, so daß auch in diesem Fall eine Anwendung des § 3 nicht geboten war.

- VGH Baden-Württemberg, ESVGH 16,140 U.v. 1.3.66:
  Der VGH Bad-Württ. hatte ebenfalls über die Versagung einer Baugenehmigung für eine Tankstelle zu entscheiden. Das Gericht bestätigte unter Berufung auf § 3 bwBO die ablehnende Verfügung der Behörden, da eine Gefährdung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu befürchten sei.
  Auch hier hätte sich der VGH wegen der verkehrspolizeilichen Gesichtspunkte auf die Sondervorschrift des § 26 bwBO stützen müssen.

- Bayerischer VGH, VGH nF. 20,85 U.v. 19.6.67:
  In dieser Entscheidung lehnte das Gericht die Genehmigung einer nichtbaulichen Werbeanlage u.a. wegen der Gefährdung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs ab.
  Als Rechtsgrundlagen sind gemeinsam genannt: Art. 3 I, 19 II (Sondervorschrift hinsichtlich der Verkehrssicherheit baulicher Anlagen), 12 II 2 bayBO (Sondervorschrift hinsichtlich der Verkehrssicherheit nichtbaulicher Werbeanlagen).
  Auch hier gilt die bereits bei den obigen Entscheidungen geäußerte Kritik, daß neben den speziellen Bestimmungen zum Schutz der Belange des Verkehrs für die Anwendung der Generalklausel als Rechtsgrundlage für Einzeleingriffe kein Raum ist.

- OVG Rheinland-Pfalz OVGE 13,381 U.v. 4.4.74:
Der Kläger beantragte die Baugenehmigung zur Errichtung eines Dirnenwohnheims.

Der ablehnende Bescheid der Behörden wurde vom OVG bestätigt mit der Begründung, daß das Vorhaben - abgesehen von planungsrechtlichen Unzuträglichkeiten - im Widerspruch zu § 3 I 1 rhpfBO stünde. Ein Dirnenwohnheim verstoße auch heute noch gegen die öffentliche Ordnung, zumindest dann, wenn es, wie im vorliegenden Fall, in einem Gebiet verwirklicht werden sollte, in dem sich ein Gymnasium sowie ein Ausbildungszentrum für Lehrlinge befinde.
Hier liegt also einer der wenigen Fälle vor, in denen auf § 3 als Auffangnorm zum Schutz der öffentlichen Ordnung zurückgegriffen wurde.

- VGH Baden-Württemberg VerwRspr. 24 Nr.12 U.v. 27.7.71:
Die Entscheidung soll wegen des Sachzusammenhangs an dieser Stelle behandelt werden, da sie sich ebenfalls mit der Genehmigung einer Dirnenunterkunft befaßt.

Die beklagte Stadt erteilte die Baugenehmigung für eine Dirnenunterkunft in einem Industriegebiet unter Befreiung von den Nutzungsbeschränkungen des Bebauungsplans. Dagegen wandte sich ein Nachbar und trug vor, die Befreiungsanordnung sei rechtswidrig.

Das Gericht gab ihm recht mit folgender Begründung:
Voraussetzung einer Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BBauG ist, daß die Durchführung des Bebauungsplans im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist, oder daß Gründe des öffentlichen Wohls der Allgemeinheit die Befreiung erfordern. Der Begriff des Wohls der Allgemeinheit umfaßt auch die bauordnungsrechtlichen Belange. Eine Befreiung ist daher ausgeschlossen, wenn infolge ihrer Erteilung Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erwartet werden müssen. Nach Meinung des VGH verstößt der Betrieb eines Bordells oder bordellartigen Unternehmens gegen das Anstandsgefühl des weit überwiegenden Teils auch einer großstädtischen Bevölkerung und gefährdet damit die öffentliche Ordnung.

§ 3 rechtfertigt hier also nicht unmittelbar die Versagung einer Befreiung von Festsetzungen des Bebauungsplans. Er wurde vom Gericht nicht als Rechtsgrundlage herangezogen. Er fungierte lediglich als Auslegungshilfe für den Begriff des öffentlichen Wohls in § 31 II BBauG (vgl. dazu noch unten V 3).

- VGH Baden-Württemberg ESVGH 28,146 U.v. 27.1.78:
  Der Kläger, Eigentümer eines Wohnhauses im Kerngebiet, begehrte von der beklagten Stadt Maßnahmen gegen Lärmbelästigungen, die von dem mit einem Hochhaus bebauten Nachbargrundstück ausgingen.
  Das Gericht zog als Rechtsgrundlage für Maßnahmen gegen Ruhestörung sowohl die polizeiliche Generalklausel in Verbindung mit dem OWiG als auch die baurechtliche Generalklausel in Betracht. Es ließ allerdings die Frage, welche Vorschriften endgültig heranzuziehen seien, offen, da die relativ geringe Intensität der Lärmbeeinträchtigung ein Einschreiten der Behörden im zu entscheidenden Fall noch nicht erforderlich machte.

2. Anwendung des § 3 in seiner Funktion als Bezugsnorm bei Verweisungen

§ 3 wird auch als Verweisungsnorm[1)] im Zusammenhang mit solchen Bestimmungen zitiert, die ausdrücklich auf die Generalklausel verweisen.
Die einzelnen Sachverhalte, die den hierzu ergangenen gerichtlichen Entscheidungen zugrundeliegen, können vernachlässigt werden, sie tragen nicht weiter zur Klärung der Bedeutung der Generalklausel bei. Im folgenden ist nur kurz zusammengestellt,

---

1) Dies entspricht der Funktion des § 3 nach oben IV 3.

mit welchen gesetzlichen Vorschriften § 3 zusammen zitiert wird:

nwBO: §§ 15 II, 14 II, und zwar in folgenden Entscheidungen:
OVG Münster OVGE 22,105 U.v. 10.2.66
OVG Münster OVGE 24,227 U.v. 16.1.69
OVG Münster OVGE 29,35 U.v. 10.4.73

bayBO: Art. 9, und zwar in folgender Entscheidung:
BayVGH VGHE nF. 18,51 U.v. 20.5.65

hBO a.F.: § 29 I, und zwar in folgender Entscheidung:
hessVGH BRS 22,285 U.v. 12.12.69

3. Anwendung des § 3 in seiner Funktion als Auslegungshilfe

§ 3 wird zum Teil von den Gerichten auch als Auslegungshilfe herangezogen.[1)]

VGH Baden-Württemberg VerwRspr 24 Nr. 12 U.v.27.7.71:
Das Urteil wurde bereits auf S. 156 besprochen.

- OVG Münster OVGE 19,210 U.v. 3.2.64:
In der Entscheidung geht es unter anderem um die Verfassungsmäßigkeit von § 103 I 1 Ziff. 1 nwBO (Ermächtigungsnorm für Verordnungen).
Entsprechend dem Rechtsgedanken des Art. 80 I 2,3 GG muß § 103 I 1 nwBO als ermächtigendes Gesetz Zweck, Ausmaß und Inhalt der zu erlassenden Verordnung hinreichend bestimmt darlegen.
Hinsichtlich des Merkmals "Ausmaß" bejahte das OVG die Bestimmtheit mit folgendem Argument:

---

1) Dies entspricht der Funktion des § 3 nach oben IV 4.

Die Ausführungsnormen, zu denen § 103 ermächtigt, haben sich in den Grenzen des Baugestaltungsrechts zu halten. Diese sind durch § 3 I nwBO vorgegeben. Verordnungen dürfen daher keine anderen Ziele verfolgen als den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und namentlich den Schutz vor Verunstaltungen (im Fall handelte es sich um eine Ortssatzung über Außenwerbung).
Die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sind ihrerseits hinreichend abgegrenzt, so daß § 103 I 1 Ziff. 1 nwBO dem Bestimmtheitsgebot entspricht.

In den übrigen Teilen des Bundesgebiets ist dieses Ergebnis nicht erst im Wege der Auslegung über § 3 zu erzielen, denn dort wird in der jeweiligen Ermächtigungsnorm für Verordnungen ausdrücklich auf § 3 verwiesen (Funktion nach oben IV 3.).

- VGH Baden-Württemberg ESVGH 21,216 U.v. 17.3.31 = BRS 24,156
Ein Bauwerber beantragte hier die Genehmigung eines Wohnhauses in einer Entfernung von 25 m von einem angrenzenden Waldrand. Die (Ausnahme)genehmigung wurde versagt, da das Bauvorhaben gegen § 4 II Nr. 1 bwBO (Anforderungen an Baugrundstücke) verstoße. Klage und Berufung blieben erfolglos.
Zur Auslegung des § 4 II Nr. 1 bwBO wurde vom VGH - entsprechend der h.M. - § 3 herangezogen:

> "Ein Grundstück ist nach seiner Lage für die beabsichtigte Bebauung ungeeignet, wenn die örtlichen Verhältnisse in seiner Umgebung diese Bebauung nicht ohne Verstoß gegen die allgemeinen Sicherheitsanforderungen des § 3 I 1 LBO zuließen."

Als Ergebnis aus der Betrachtung der Rechtsprechung kann festgehalten werden, daß die Gerichte nur höchst selten von der Generalklausel Gebrauch machen. Dort, wo sie angewandt wird, tritt sie in unterschiedlichen Funktionen auf: zum einen als materielle Rechtsgrundlage (allerdings war in den meisten Entscheidungen der Rückgriff auf § 3 überflüssig, da eine Spezialermächtigung zur Verfügung stand), zum anderen als Bezugsnorm innerhalb einer Verweisungskette, zum dritten als Auslegungshilfe. Diese drei Funktionsbereiche entsprechen den oben in Ziff. IV gefundenen theoretischen Anwendungsmöglichkeiten der Generalklausel (vgl. auch Zusammenfassung oben Ziff. IV a.E.)

VI Formulierungsvorschlag für eine Neufassung der derzeitigen Generalklausel

Die äußere Form der baurechtlichen Generalklausel konnte historisch aus ihrer Entwicklung aus der polizeilichen Generalklausel abgeleitet werden.[1] Die Bedeutung, die einer Generalklausel heute zukommt, entspricht aber in keiner Weise mehr der zentralen Stellung, die sie zu Beginn der Entwicklung des Polizeirechts einnahm. Während sie ursprünglich die hauptsächliche Rechtsgrundlage für Rechtseingriffe darstellte, die nur punktuell durch Sonderbestimmungen konkretisiert wurde, ist sie heute weitgehend durch umfassende Spezialermächtigungen verdrängt. Das Schwergewicht der Gesetzgebung hat sich auf die Sondervorschriften verlagert.

So ist auch die bauordnungsrechtliche Generalklausel nur noch Auffangnorm für unvorhergesehene Fallgestaltungen oder dient der Auslegung und Ergänzung der Spezialbestimmungen. Demgegenüber spiegelt ihre dominierende Stellung am Beginn des Gesetzes eine Bedeutung vor, die ihr in der Praxis offensichtlich nicht mehr zukommt.

Im folgenden soll versucht werden, eine gesetzgeberische Form zu finden, in der äußere Gestaltung und inhaltlicher Anspruch übereinstimmen, wobei die gegenwärtigen Anwendungsmöglichkeiten und Regelungsbereiche der Generalklausel unverändert aufrechterhalten werden.

Zunächst ist die Funktion der Generalklausel als unmittelbare materielle Rechtsgrundlage zu berücksichtigen, auf der das Hauptgewicht lag, bevor die Bauordnungen in eine Vielzahl von Einzelbestimmungen aufgegliedert wurden.

---

1) vgl. oben Ziff II

Abgesehen davon, daß der derzeitige § 3 erst im Zusammenhang mit der jeweiligen formellen Generalklausel als wirksame Eingriffs- bzw. Verordnungsermächtigung angesehen werden kann, wird er seiner Bedeutung als bauordnungsrechtliche Grundsatzermächtigung schon dadurch nicht gerecht, daß er den zunehmenden Bereich der Sozialplanung und Gefahrenvorsorge ebensowenig mitumfaßt wie Maßnahmen zum Schutz nichtbaulicher Anlagen und zur Abwehr vermeidbarer, zumutbarer Belästigungen.[1] Diese Lücke ließe sich dadurch schließen, daß man der Gefahrenabwehrklausel eine Sozialklausel beifügt, so wie dies zum Teil in Rheinland-Pfalz und Niedersachsen geschah, und sie zusätzlich auf nichtbauliche Anlagen und vermeidbare Belästigungen erweitert. Diese Lösung führt aber zu keinen befriedigenden Ergebnissen, wie im folgenden gezeigt wird.

Die Verwirklichung von Planungsvorstellungen bedarf gezielter Eingriffsermächtigungen. So ist allein ein Bekenntnis zur Rücksichtnahme auf benachteiligte Bevölkerungsgruppen wie in § 1 II 2 ndsBO und § 4 rhpfBO nicht bestimmt genug, um Eingriffsmaßnahmen im Einzelfall zu begründen.[2]
Es ist zu bedenken, daß die sozial- und wohlfahrtsrechtlichen Maßnahmen zugunsten Einzelner oder der Allgemeinheit in der Regel eine Beschränkung der Baufreiheit und des Grundstückseigentums bedeuten. Sie sind an der rechtsstaatlich gebotenen Bestimmtheit für Eingriffsmaßnahmen zu messen.[3] Der Begriff der "Rücksicht" ist nicht wie die Begriffe der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" durch Rechtsprechung und Lehre definiert. Dasselbe würde für andere, selbstgewählte Ausdrücke gelten, mit denen der Tatbestand der Rücksichtnahme, der Integration benachtei-

---

1) vgl. oben Zusammenfassungen zu Ziff IV 1.1.3. und IV 1.2.2.

2) so wohl auch Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert a.a.O. § 1 Rdnr. 21

3) Wolff I § 28 I a 8

ligter Gruppen, der vorsorgenden Sozialplanung umschrieben werden könnte. Allein der generelle Hinweis auf soziale Ideen der Bauordnungen macht nicht deutlich, wie die Planungsziele konkret aussehen sollen und wie sie zu verwirklichen sind. So bleibt zB. auch in der ndsBO und rhpfBO ungeklärt, ob die Rücksichtnahme auf benachteiligte Bevölkerungsgruppen durch besondere Anforderungen an die Ausstattung von Gebäuden erreicht werden soll, ob hiervon die Privathäuser oder nur öffentliche Gebäude erfaßt sein sollen, ob sie eher durch stadtplanerische Maßnahmen durchgesetzt werden soll - soweit diese im Bauordnungsrecht Niederschlag finden -, ob eine schrittweise Einführung vorgenommen werden soll oder ob verstärkte Anforderungen im Wege von Unterhaltungsanordnungen bereits an sämtliche bestehende Gebäude zu stellen sind. An diesen wenigen Fragen zeigt sich schon, daß generelle, wohlfahrtsrechtliche Klauseln allenfalls programmatischen Charakter haben können und keine unmittelbaren Eingriffsgrundlagen darstellen. Eine Erweiterung der bestehenden Generalklausel um den in den Einzelbestimmungen der Bauordnungen bereits realisierten Bereich der Planung und Vorsorge erhöht nur die Auslegungsschwierigkeiten des § 3, da dann normative und programmatische Aussagen in einer Norm vereinigt wären.

Arbeitet man die Generalklausel trotz der erwähnten Schwierigkeiten zu einer umfassenden Grundsatznorm aus, so wie dies etwa in Rheinland-Pfalz geschah, so verstärkt sich überdies der Widerspruch zwischen dem äußeren Schein der Bestimmung, der vorspiegelt, es handele sich um eine maßstabsetzende Leitnorm des Bauordnungsrechts, und dem verschwindend geringen Anwendungsbereich in der Praxis. Tatsächlich ist § 3 in seiner Funktion als Rechtsgrundlage nur mehr erforderlich, um als Auffangnorm eine Handhabe zur zügigen Regelung unerwartet aufgetretener Gefahren

zu liefern. Im Gegensatz zu der bisherigen, weit und umfassend angelegten Generalklausel genügt also eine beschränkte subsidiäre Vorschrift. Sie sollte bewußt als enge Auffangnorm formuliert sein und nicht als Grundsatzbestimmung mit dem Anspruch, sämtliche in den Einzelvorschriften verfolgten Zielsetzungen in sich aufzunehmen.
Allerdings empfiehlt sich für die Auffangnorm die Erweiterung auf sämtliche Anlagen, für die die BOen Regelungen treffen. Eine Beschränkung auf bauliche Anlagen wie in § 3 ist nicht sinnvoll.

Danach bietet sich folgende mögliche Formulierung an:

> Soweit die Vorschriften dieses Gesetzes oder die aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften nicht ausreichen, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren, können die BAB weitergehende Maßnahmen treffen.

Diese Gesetzesfassung nimmt wie der geltende § 3 auf die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Bezug. Sie knüpft bewußt an den Ursprung des Bauordnungsrechts im allgemeinen Ordnungsrecht an, das auch heute noch die Bauordnungen wesentlich prägt, wenn auch der Bereich der planenden Vorsorge in steigendem Maße Bedeutung erlangt. Für eine Auffangnorm ist es ausreichend, wenn die Gefahrenabwehr sichergestellt ist. Sie umfaßt damit immerhin den Schutz der gesamten Rechtsordnung im öffentlichen Interesse sowie sämtliche ungeschriebenen Regeln menschlichen Zusammenlebens, die für ein gedeihliches Miteinander unerläßlich sind.[1] Einer Erweiterung der subsidiären Auffangnorm auf die Sozial- und Wohlfahrtspflege steht entgegen, daß es generalklauselartigen Formulierungen an der verfassungsmäßig

---

1) vgl. oben die Definitionen der "öffentlichen Sicherheit" und "öffentlichen Ordnung" in Ziff. III 1.2. und 1.3.

gebotenen Bestimmtheit fehlen würde. Zudem sollten zukunftsbezogene Sozialplanungen im Detail durch demokratisch legitimierte Rechtssätze festgelegt und koordiniert werden und nicht durch vereinzelte Verwaltungsmaßnahmen, die aufgrund einer Generalklausel nach den Vorstellungen der jeweiligen Beamten erlassen werden.

Der aufgeführte Formulierungsvorschlag ist neben der allgemeinen ordnungsrechtlichen Generalklausel nicht überflüssig. Man kann zwar davon ausgehen, daß diese neben den bauordnungsrechtlichen Bestimmungen subsidiär weitergilt. Es ist aber sinnvoll, auch für "Auffangmaßnahmen" die Zuständigkeit der sachlich kompetenten BAB festzulegen. Nach der ordnungsrechtlichen Generalklausel könnten nur die allgemeinen Ordnungsbehörden tätig werden.

Nicht zu vernachlässigen ist die Bedeutung des § 3 als Auslegungsregel. Oben unter Ziff. IV 4. wurde ausgeführt, daß die Generalklausel grundlegende Zielsetzungen des Bauordnungsrechts formuliert, die bei der Interpretation der Spezialbestimmungen heranzuziehen sind. Deutlicher und auch für den juristischen Laien verständlicher wäre es, wenn man die grundsätzlichen Zielvorstellungen und Anliegen des Gesetzes dem übrigen Text in Form einer Präambel voranstellte. Damit würde klargestellt, daß es sich um übergeordnete, für den gesamten Gesetzesinhalt maßgebende Rahmenvorstellungen handelt. In diese Präambel sind sämtliche Zielsetzungen des Bauordnungsrechts mitaufzunehmen. Eine Beschränkung auf die Gesichtspunkte der Gefahrenabwehr, wie dies in § 3 überwiegend der Fall ist, wäre für einen Gesetzesvorspruch zu eng.

Das gesetzgeberische Programm muß nicht unbedingt in Form einer Präambel abgefaßt werden, es kann

auch im ersten Paragraphen oder Artikel niedergelegt werden. Allerdings muß dann aus der Formulierung erkennbar sein, daß die Vorschrift keine unmittelbare Rechtsgrundlage darstellt, sondern ausschließlich als Programmsatz zu verstehen ist.[1)]
Wendet man diese Überlegungen auf die Bauordnungen an, so könnten die Grundsätze der Generalklausel folgendermaßen als Programmsatz abgefaßt werden:

> Aufgabe dieses Gesetzes ist es,
> - zu verhindern, daß durch Baugrundstücke, durch die Anordnung, Errichtung, Änderung, Unterhaltung oder den Abbruch baulicher und nichtbaulicher Anlagen, an die nach diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes Anforderungen gestellt werden,
>
> die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet
>
> oder
>
> das Orts- und Landschaftsbild verunstaltet wird, sowie
> - dafür Sorge zu tragen, daß bauliche Anlagen den Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse und an eine menschenwürdige Umwelt entsprechen, insbesondere die besonderen Belange der Familien, Kinder, Behinderten und alten Menschen berücksichtigen.

Auf den ersten Blick unterscheidet sich diese Präambel kaum von den üblichen Formulierungen der bestehenden Generalklauseln. Sie soll auch nichts grundsätzlich Neues darstellen, sondern lediglich eine Teilfunktion der geltenden §§ 3 deutlicher herausstellen, nämlich die Aufgabe als Programmsatz und damit als Auslegungshilfe für die speziellen Normen des Besonderen Teils. Die in der Präambel gewählten Begriffe müssen sich

---

1) diese Gesetzgebungstechnik wird verstärkt für die neueren öffentlichrechtlichen Fachgesetze angewandt, vgl. die Beispiele oben Fußnote 1) zu Ziff. IV 7.

daher in der Wortwahl an die bestehende Fassung der Bauordnungen anpassen. Auch die Zielvorstellungen des Gesetzes sind vorgegeben, so daß sich der Gesetzesvorspruch notwendigerweise in der Formulierung an den geltenden § 3 annähern muß.

In den Formulierungsvorschlägen noch nicht berücksichtigt wurde bislang die oben Ziff. IV 3. erörterte Funktion der mittelbaren Anwendung der Generalklausel, d.h. die Bedeutung, die ihr dadurch zukommt, daß in mehreren Vorschriften der BO auf sie verwiesen wird. Dieser Anwendungsbereich des § 3 kann auch vernachlässigt werden. Alle Bestimmungen, die sich ausdrücklich auf die Anforderungen "des § 3" beziehen, lassen sich ohne Schwierigkeiten umformulieren, indem man den Terminus der "Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung" direkt in den Gesetzeswortlaut mitaufnimmt. Der Inhalt der Verweisung wird damit erschöpft, denn sämtliche in Frage kommenden Bestimmungen wollen mit der Bezugnahme auf § 3 nur den Bereich der Gefahrenabwehr, also die öffentliche Sicherheit und Ordnung, umschreiben. Ein Verzicht auf die Verweisungstechnik in der BO hat sogar den Vorteil größerer Rechtsklarheit. Wie bereits erwähnt, erschwert die Verschränkung mehrerer Normen untereinander die Handhabung und das Verständnis des Gesetzes, zumindest für den juristisch nicht vorgebildeten Bürger. Weitere Einzelheiten hierzu finden sich oben unter Ziff. IV 3.

Die hier vorgestellten Formulierungsvorschläge haben zum Ziel, die reale Bedeutung, die der Generalklausel in der heutigen BO zukommt, klarer herauszustellen. Zwei Bereiche sind dabei zu berücksichtigen, die nicht durch spezialisierte Einzelbestimmungen ersetzt werden können, zum einen die Funktion als Auffangnorm zum anderen die Funktion als Auslegungsnorm, die die Aufgaben und Zielvorstellungen des gesamten

Bauordnungsrechts beschreibt. Werden diese beiden Anwendungsmöglichkeiten der Generalklausel in einer gesetzlichen Bestimmung vereint, so müssen Unzuträglichkeiten auftreten, wie sie für den bestehenden § 3 auch festgestellt werden konnten. Um die Aufgabe einer Auffangnorm zu erfüllen, müßte § 3 als enge und abgegrenzte Ausnahmevorschrift formuliert werden, während er in der Bedeutung als Auslegungshilfe als möglichst umfassender Programmsatz auszugestalten wäre.
Vorliegend wurden daher die beiden Aufgabenbereiche der Generalklausel getrennt und in unterschiedlichen Normenentwürfen niedergelegt, und zwar in einer weit gefaßten, vom inhaltlichen Korsett des reinen Sicherheitsgesetzes befreiten, Präambel und in einer engen Ausnahmevorschrift, die zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung als Rechtsgrundlage für Maßnahmen der BAB herangezogen werden kann, wenn die Spezialbestimmungen Lücken aufweisen.

Übernimmt man die vorgeschlagenen Formulierungen, so kann der in der vorliegenden Arbeit behandelte Kernsatz der "Allgemeinen Anforderungen", d.h. die Bestimmung des § 3 I 1 MustBO, wonach bauliche Anlagen die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährden dürfen, ersatzlos gestrichen werden.

Allerdings treffen die §§ 3 der Bauordnungen noch weitere Festsetzungen, insbesondere über den bislang nur am Rande erwähnten Verunstaltungsschutz sowie über die technischen Baubestimmungen. Es stellt sich daher die Frage, wie diese Bestandteile des derzeitigen § 3 bei einer Neufassung der Vorschrift zu behandeln sind, ob sie ebenfalls durch den oben entwickelten Formulierungsvorschlag zu ersetzen sind, ob sie an ihrer derzeitigen Stelle belassen oder anderen bauordnungsrechtlichen Vorschriften angegliedert werden sollten.

Mit einem kurzen Ausblick am Ende dieser Abhandlung soll aufgezeigt werden, wie diese Bestandteile des § 3 bei der Auflösung der Generalklausel in eine Auffangnorm und eine Präambel berücksichtigt werden können.

Zunächst soll auf den Verunstaltungsschutz eingegangen werden.
Es handelt sich dabei um einen wohlfahrtsrechtlichen, planerischen Gesichtspunkt, der schon sehr früh in das Bauordnungsrecht übernommen wurde. Neben der Generalklausel nehmen in allen Bauordnungen auch Bestimmungen des Besonderen Teils auf die ästhetische Baugestaltung Bezug. Unter anderem enthalten alle Landesbauordnungen einen dem § 14 MustBO entsprechende Vorschrift, die in generalklauselartiger Weite die Formulierungen des § 3 zur Baugestaltung wiederholt. Ein Rückgriff auf die Generalklausel selbst als Rechtsgrundlage erübrigt sich damit. Neben den allgemeinen und speziellen Sonderbestimmungen genügt es daher, wenn der derzeit in § 3 angesprochene Gesichtspunkt der Baugestaltung mit programmatischer Wirkung in die Präambel übernommen wird, ebenso wie die übrigen wohlfahrtsrechtlichen Belange des Bauordnungsrechts. In dem oben vorgeschlagenen Präambelentwurf ist dies bereits berücksichtigt.

Weiterer Erwähnung bedürfen die Regeln der Baukunst.
In § 3 I 3 MustBO[1)] heißt es hierzu:

> "Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst sind zu beachten."

Und § 3 III MustBO ergänzt:

> "Als allgemein anerkannte Regeln der Baukunst gelten insbesondere die von der obersten Baubehörde durch öffentliche Bekanntmachung eingeführten technischen Baubestimmungen. Bei der Bekanntmachung kann hinsichtlich des Inhalts der Baubestimmungen auf die Fundstelle verwiesen werden."

---

1) Entsprechende Vorschriften enthalten alle Landesbauordnungen

Es soll zunächst geklärt werden, was unter den allgemein anerkannten Regeln der Baukunst zu verstehen ist und welche Bedeutung ihnen in Verbindung mit der allgemeinen Generalklausel des § 3 I 1 MustBO zukommt. Im Anschluß daran kann dann die Frage beantwortet werden, in welcher Weise die technischen Regeln bei einer Neufassung des § 3 zu berücksichtigen sind.

Unstreitig ist, daß unter den allgemein anerkannten Regeln der Baukunst allein die Wahrung des bautechnisch gebotenen Standards zu verstehen ist, nicht etwa die Befolgung bestimmter ästhetischer, baugestalterischer Vorstellungen.[1] So wird gleichbedeutend mit dem Terminus "Regeln der Baukunst" in der nsBO von "Regeln der Baukunst und der Technik" gesprochen. Nach der herrschenden Meinung gelten als Regeln der Baukunst diejenigen Erkenntnisse der Wissenschaft und alle diejenigen Methoden der Bautechnik, die in den Kreisen der Techniker, die sich mit der Planung und Ausführung von Bauwerken befassen, allgemein, d.h. durchweg als notwendig anerkannt sind, um Bauwerke in allen Bauzuständen standsicher und benutzbar ohne Gefährdung von Personen zu errichten. Die Regeln erstrecken sich auch auf die handwerksmäßige Bauausführung.[2] Sie können schriftlich, mündlich oder durch praktisches Beispiel übermittelt werden.
Es sind besonders folgende Quellen zu nennen:

- DIN-Vorschriften des Fachausschusses Bauwesen im Deutschen Normenausschuß
- Vorschriften des Verbandes Deutscher Elektrotechniker (VDE-Vorschriften)
- Vorschriften des Deutschen Vereins von Gas- und Wasserfachmännern (DVGW)
- Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften.

---

1) R.Scholz, Das Verhältnis von technischer Norm und Rechtsnorm unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts, S.86 Marburger, Die Regeln der Rechnik im Recht, S.84,145 m.w.N.

2) Gädtke a.a.O. § 3 Anm. zu Abs. 3 m.w.N.; Marburger a.a.O. S. 145 m.w.N.

Diese Auslegung geht zurück auf die ständige Rechtsprechung des RG zu den allgemein anerkannten Regeln der Baukunst gem. § 330 StGB a.F. und sie entspricht auch heute noch der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur.[1)]
So ist insbesondere unumstritten, daß in § 3 der Bauordnungen nur solche technische Bestimmungen zum Tragen kommen, die sich auf das Gebiet der Gefahrenabwehr beziehen. Ausgeschlossen sind folglich Regeln mit bloßer Rationalisierungs- oder Vereinheitlichungstendenz oder reine Qualitätsanforderungen. Diese Auslegung verbindet sich bereits traditionell mit dem Terminus der "allgemein anerkannten Regeln der Technik", der erstmals im Gebiet der Sicherheitstechnik in Gesetze aufgenommen wurde.[2)]
Sie läßt sich weiterhin aus der systematischen Stellung hinter § 3 I 1 MustBO ableiten, der als übergeordnete gesetzliche Zielsetzung die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung postuliert.[3)]

---

1) Eine Mindermeinung möchte den Begriff nicht nach subjektiven Kriterien bestimmen wie die h.M. (vgl. oben "in den Kreisen der Techniker, die..."), sondern nach objektiven Gesichtspunkten. Allgemein anerkannt sind nach dieser Ansicht nur solche Erfahrungswerte, die objektiv nachprüfbar technisch richtig und gesichert sind. Marburger, a.a.O. S.156, wählt einen Mittelweg zwischen der objektiven und der subjektiven Auffassung. Er stellt zwar darauf ab, daß die Eignung technischer Methoden objektiv nachprüfbar sein muß, verlangt aber zusätzlich deren Erprobung und Bewährung in der Praxis.

2) Marburger a.a.O. S. 49 f.

3) Im einzelnen ergeben sich Unterschiede in der rechtlichen Begründung, je nachdem, welche rechtliche Qualität man technischen Bestimmungen zuerkennt. Ist man mit Scholz, a.a.O. S. 87, der Ansicht, den technischen Bestimmungen käme selbst keine normative Kraft zu, sie bewegten sich ausschließlich auf dem Gebiet des Tatsächlichen, so sind sie in jedem Fall dem Normzweck der gesetzlichen Bestimmung unterzuordnen, mit der sie verbunden sind. Erst im Zusammenwirken mit dem Gesetz können sie an der normativen Finalität teilhaben, die umgekehrt für sie auch verbindlich ist. Daraus ergibt sich, daß in § 3 MustBO nur solche technische Normen als allgemein anerkannte Regeln der Baukunst gelten können, die tatsächlich geeignet sind, dem normativen Schutzzweck von öffentlicher Sicherheit und Ordnung im Baurecht zu dienen.

Nach dieser inhaltlichen Abgrenzung soll ein Blick auf die rechtliche Qualität der Regeln der Technik geworfen werden:
Einigkeit herrscht insoweit in der Literatur nur darüber, daß die technischen Normen nicht den Charakter staatlicher Rechtsnormen besitzen. Hierfür fehlt es ihnen bereits an der demokratischen Legitimation durch ein verfassungsmäßiges Gesetzgebungsverfahren. Ob ihnen allerdings ein außergesetzlicher normativer Charakter zukommt, ist umstritten. Zum Teil werden sie als Verhaltensregeln mit präskriptivem Charakter und faktischem Geltungsanspruch angesehen, zum Teil lediglich als Erfahrungssätze oder antezipierte Sachverständigenurteile, die ausschließlich im Bereich des Tatsächlichen angesiedelt sind.[1)]
Eine Stellungnahme zu den verschiedenen Auffassungen soll an dieser Stelle unterbleiben. Soweit die unterschiedlichen rechtlichen Qualifizierungen der Regeln der Technik Folgen für die praktische Anwendung der Bestimmungen haben, wird weiter unten noch darauf eingegangen.

Ein Problem zur rechtlichen Einordnung der technischen Bestimmungen drängt sich allerdings hier noch auf:
Die Regeln der Technik wurden charakterisiert als außerrechtliche Bestimmungen bzw. Erfahrungen zur Verwirklichung der Gefahrenabwehr. Es fragt sich daher, ob sie dem Bereich der öffentlichen Ordnung zuzurechnen sind, die definitionsgemäß gerade die außergesetzlichen, sozialen Strukturen umfaßt, deren Beachtung von der Allgemeinheit als unerläßlich für ein gedeihliches Miteinander angesehen wird. Allein die Tatsache, daß es auf dem Gebiet der technischen Normen um die Beachtung außergesetzlicher Regeln geht, darf aber nicht zu dem Schluß verleiten, diese Bestimmungen seien automatisch Ausfluß der öffentlichen Ordnung. Die öffentliche Ordnung wird

---

1) vgl. die Darstellung der Meinungen bei Marburger, a.a.O. S. 24 ff m.w.N.

nicht durch jegliche außergesetzlichen Übereinkünfte bestimmt, sondern sie stellt ein System derjenigen sozialen Werte dar, die neben den gesetzlich geschützten Rechtsgütern bestehen. Die Regeln der Technik dienen im Bereich der Sicherheitstechnik, um die es im Rahmen des § 3 der Bauordnungen geht, aber dem Schutz von Leben, Leib, Gesundheit und Eigentum. Diese Rechtsgüter sind vielfach gesetzlich geschützt.[1] Auch die technischen Regelungen, die lediglich ein Instrumentarium zur besseren Verwirklichung dieses gesetzlich gebotenen Rechtsschutzes darstellen, bewegen sich im Feld der öffentlichen Sicherheit. Um dem Sozialnormensystem der öffentlichen Ordnung zuzugehören, müßten sie - unabhängig von ihren sicherheitsrechtlichen Schutzzwecken - aus sich selbst heraus soziale Werte verkörpern. Dies ist bei den technischen Baubestimmungen nicht ersichtlich.

Weiter ist zu klären, in welcher Beziehung die technischen Baubestimmungen zur Generalklausel des § 3 stehen, welche Bedeutung ihnen in der Praxis zukommt und welche Berücksichtigung sie insoweit bei einer Neufassung des § 3 erfahren sollten.

Die Bezugnahme auf technische Regeln in Gesetzen wird allgemein unter dem weiten Begriff der Verweisung behandelt.[2]

---

1) vgl. auch die Definition oben auf Seite 173: "standsicher und benutzbar ohne Gefährdung..."

2) vgl. zur Problematik der Verweisung auf private Regelwerke in Gesetzen, Karpen a.a.O. S. 128 ff; hierzu auch Nickusch, Die Normativfunktion techn. Ausschüsse und Verbände als Problem der staatlichen Rechtsquellenlehre, Diss. jur. München 1964; Karl-Wilhelm Schäfer, Das Recht der Regeln der Technik, Diss. jur. Köln 1965; W.Herschel, NJW 68,617 ff Regeln der Technik; W.Berg GewArch 78,281 ff Allg. anerkannte Regeln der Technik im Verwaltungsprozeß; jeweils m.w.N., Hömig DVBl 79,307 ff; Baden NJW 79,623 ff

Um eine rechtstechnische Verweisung mit der Folge, daß die technischen Regeln vollinhaltlich unbedingte Rechtsgeltung erlangen, kann es sich bei § 3 nicht handeln. Derartige Verweisungen sind nur zulässig auf Regelwerke, die mit staatlicher Rechtsetzungskompetenz erlassen wurden.[1] Daß dies bei den technischen Normen nicht der Fall ist, wurde oben bereits gezeigt.[2]

Überdies müßte die generalklauselartige Verweisung auf die anerkannten Regeln der Technik als dynamische Verweisung angesehen werden, da sich diese Bestimmungen im Wandel der technischen Entwicklung ändern. Hiergegen bestehen verfassungsmäßige Bedenken. Der Gesetzgeber würde im Wege der dynamischen Verweisung die Konkretisierung des Rechtssatzes vollständig aus der Hand geben. Dies verstößt gegen das Gebot der Gesetzesbestimmtheit (Art. 20 III, Art. 28 I GG) ebenso wie gegen das Demokratiegebot (Art. 20 II GG).[3]

Nach einer anderen Ansicht werden die technischen Baubestimmungen durch In-Bezug-Nahme zu Tatbestandsmerkmalen der gesetzlichen Norm. Dies führt aber zu dem unerwünschten Ergebnis, daß die technischen Regeln - in ihrer jeweiligen Ausgestaltung - als Bestandteil der Verweisungsnorm unabdingbare, normative Geltung erlangten. Im Falle der §§ 3 der Bauordnungen würde dies bedeuten, daß technische Bestimmungen auch dann zur Anwendung kommen müßten, wenn sie zB. technisch veraltet wären oder - entgegen ihrer Zweckrichtung - doch keinen wirksamen Sicherheitsschutz gewährleisten könnten. Dies kann nicht richtig sein.

---

1) vgl. Scholz, a.a.O. S. 96

2) vgl. aber § 111 Abs. 1 Ziff. 3 MustBO, wonach technische Baubestimmungen als Rechtsverordnungen erlassen und damit in den Rang einer Rechtsnorm erhoben werden können; diese Bestimmung wurde in alle LBO entsprechend übernommen.

3) Marburger, a.a.O. S. 390 ff

Marburger[1] widerlegt diese Ansicht überzeugend damit, daß die Übernahme der allgemein anerkannten Regeln der Technik in den gesetzlichen Tatbestand einen unvollständigen Tatbestand voraussetzen würde. Dies ist bei der baurechtlichen Generalklausel nicht der Fall. Sie ist in sich geschlossen und inhaltlich bestimmt. Sie bedarf rechtlich keiner weiteren Ergänzung.

Eine Auslegung, die zu einer unabdingbaren Geltungsanordnung der technischen Bestimmung führt, würde auch der gesetzgeberischen Intention zuwider laufen: Durch den Hinweis auf technische Normen soll das Gesetz selbst vereinfacht werden und größere Flexibilität erreichen. So kann § 3 auf Detailregelungen der Baukunst verzichten und sich auf grundlegende Anforderungen beschränken. Wird, wie in § 3 I 3 MustBO, auf die jeweiligen technischen Standards verwiesen, so ermöglicht dies die rasche Anpassung des Gesetzesinhalts an die technische Entwicklung unter Mitwirkung nicht-staatlicher Expertenkreise. Letztlich liegt die Bedeutung der Bezugnahme auf die Normen der Baukunst aber nicht darin, den technischen Regeln selbst zur Durchsetzung zu verhelfen. Sie haben vielmehr eine dienende Funktion bei der Erreichung der gesetzlichen Zielsetzungen - hier also der Gefahrenabwehr - und sie sollen lediglich die Gesetzesanwendung vereinfachen.

Diese gesetzgeberischen Zielsetzungen werden in der Praxis überwiegend in der Weise verwirklicht, daß die BAB bei Einhaltung der technischen Normen ohne weitere Prüfung davon ausgehen, die baulichen Maßnahmen entsprächen den bauordnungsrechtlichen Anforderungen. Der Bauherr kann sich also begünstigend auf die Regeln der Technik berufen. Tut er dies, so spricht für ihn die Vermutung der Baurechtmäßigkeit.

---

1) a.a.O. S. 385

Diese Vermutung kann aber in Ausnahmefällen widerlegt werden, zB. wenn Regeln der Technik nachweislich veraltet sind. Umgekehrt muß auch der Bauherr die Regeln der Bautechnik nicht unbedingt einhalten. Weicht er davon ab, so obliegt ihm jedoch der volle Nachweis der Baurechtmäßigkeit seiner Maßnahmen.[1)]

Die nsBO stellt diese Grundsätze in § 1 VIII ausdrücklich klar:

> "Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst sind einzuhalten. Von ihnen darf abgewichen werden, wenn den vorstehenden Anforderungen auf andere Weise ebenso wirksam entsprochen wird."

In diesem Sinne werden von der Literatur auch entsprechende dogmatische Lösungsansätze aufgezeigt:
So sieht Marburger[2)] beispielsweise in der Bezugnahme auf technische Baubestimmungen eine normkonkretisierende Verweisung (in Abgrenzung zur normergänzenden Verweisung). § 3 I 1 MustBO ist zwar auch ohne die Verweisung schon vollständig. Es bedarf des Hinweises auf die Regeln der Technik also nicht, um die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale zu bestimmen. Eine normergänzende Verweisung, wie sie weiter oben bereits angesprochen wurde, scheidet daher aus. Allerdings ist die Pflichtenlage in § 3 nicht im Detail umrissen, sondern in allgemeinen Begriffen. Mit der zusätzlichen Verweisung auf den technischen Standard stellt der Gesetzgeber eine Konkretisierungsmöglichkeit der gesetzlichen Begriffe zur Verfügung, die dem Adressaten Alternativlösungen zur Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten anbietet. Hält er sich an die technischen Baubestimmungen, so gelangt er in den Vorzug, daß für

---

1) Rößler a.a.O. Anm. 1 c, 2 zu § 3 nwBO; Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert a.a.O. § 1 Rdnr. 46; W.Berg, GewArch 78,281(283) Allgemein anerkannte Regeln der Technik im Verwaltungsprozeß,
Mang-Simon a.a.O. Art. 3 Rdnr. 60
Gädtke § 3 Anm. zu Abs. 3 "Regeln der Baukunst".

2) a.a.O. S. 385, ausgeführt für die "2. Stufe" der Verweisung, wie zB. zwischen § 3 I 3 und § 3 III MustBO

sein Bauvorhaben die Vermutung der Ungefährlichkeit gilt.
Zum selben Ergebnis gelangt Scholz[1]. Er geht davon aus, daß die allgemein anerkannten Regeln der Technik bloße prognostische Entscheidungen auf der Grundlage technischer Sachkenntnis und Erfahrung sind, vergleichbar antezipierten Sachverständigengutachten ohne eigenen normativen Charakter. Sie stellen Typisierungen empirisch erfaßbarer Sachverhaltsgestaltungen dar. Dieses Typisierungsverfahren macht sich nach Meinung von Scholz auch der Gesetzgeber bei der Bezugnahme auf technische Bestimmungen zueigen. § 3 I MustBO zielt demnach

> "(1)...auf den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Bauwesen" und weist "(2) darauf hin, daß dieser Schutz typischerweise gewährleistet ist, wenn sich bauliche Anlagen im Einklang mit den anerkannten Regeln der Baukunst halten."[2]

Dieser kurze Hinweis auf dogmatische Beurteilungsmöglichkeiten für das Verhältnis von baurechtlicher Generalklausel zu den Regeln der Baukunst soll an dieser Stelle genügen.[3] Eine ausführliche Auseinandersetzung mit den verschiedenen Meinungen müßte den Rahmen dieser Abhandlung sprengen.
Die bisherigen Überlegungen genügen auch, um zur Ausgangsfrage nach dem Schicksal der §§ 3 I 3 und 3 III MustBO bei einer Neufassung der Generalklausel zurückzukehren.

---

1) a.a.O. S. 99 f

2) a.a.O. S. 100

3) Dieselben rechtlichen Überlegungen wie für § 3 I 3 MustBO gelten für § 3 III MustBO. Hier wird in einer weiteren Verweisungsstufe auf bestimmte technische Normen hingewiesen. Auch in diesem Fall ist die rechtliche Charakterisierung der Verweisung umstritten. Nach der h.M. handelt es sich hierbei um eine widerlegliche Vermutung, daß die angeführten Baubestimmungen zu den allgemein anerkannten Regeln der Technik gehören. Diese Auslegung ist praxisbezogen und läßt sich auch mit dem gesetzlichen Wortlaut vereinbaren. Sie soll an dieser Stelle nicht in Frage gestellt werden. Vgl. zum Ganzen Marburger, a.a.O. S. 396

Es läßt sich feststellen, daß die Bezugnahme auf die allgemeinen Regeln der Technik inhaltlich nichts an der Grundaussage der Generalklausel ändert, wonach bauliche Anlagen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entsprechen müssen. Durch die Verweisung werden auch keine zusätzlichen Anforderungen für bauliche Anlagen aufgestellt.
Dennoch kann der Hinweis auf die technischen Baubestimmungen nicht ersatzlos gestrichen werden. Die technischen Normen erleichtern in der Rechtsanwendung einerseits dem Bauherrn die Einhaltung der bauordnungsrechtlichen Anforderungen. Sie vereinfachen andererseits den BAB deren Überprüfung. Aus diesem Grund kann auf die Verbindung von privatem Recht der Technik und staatlichem Gesetzesrecht in der Praxis nicht mehr verzichtet werden.

Der Hinweis auf die Regeln der Baukunst ist daher unverändert in der BO zu belassen. Allerdings ist es nicht erforderlich, ihn unmittelbar an die gesetzgeberischen Grundentscheidungen der Generalklausel anzuschließen, wie dies bisher in § 3 der Fall ist. Die Regeln der Technik beschreiben nicht etwa grundlegende eigenständige oder konkretisierende Normzwecke der BO, sondern gelangen zu ihrer eigentlichen Bedeutung erst im Bereich der Rechtsanwendung für den Einzelfall.
Es bietet sich daher an, sie in einem gesonderten Paragraphen "Technische Baubestimmungen" im Besonderen Teil der BO zusammenzufassen, wobei sich ein klarstellender Hinweis auf den Normzweck der Gefahrenabwehr empfiehlt. Sie können aber ebenso den Anforderungen an die Baugestaltung in §§ 16 ff MustBO bzw. 14 MustBO [1] angefügt werden. Dieser Schritt wurde in der schlhBO (§ 14) sowie in der bayBO (Art. 11) bereits vollzogen.

---

1) Entsprechende Bestimmungen enthalten alle BOen.

Dort heißt es, daß die baulichen Anlagen u.a. "nach den anerkannten Regeln der Baukunst durchzubilden" sind. Eine ähnliche Formulierung könnte auch in den übrigen Bauordnungen problemlos an entsprechender Stelle übernommen werden. Wegen des Sachzusammenhangs sollte demselben Paragraphen bzw. demselben Artikel auch die erläuternde Bestimmung des § 3 Abs. 3 MustBO angefügt werden.

Wenn solchermaßen auch die Vorschriften über die technischen Baubestimmungen nicht mehr in § 3 niedergelegt sind, läßt sich die geltende Generalklausel vollständig ersetzen durch die oben ausgeführten Formulierungsvorschläge. Sie sollen zuletzt noch einmal zusammenhängend zitiert werden:

1. (Präambel)

Aufgabe dieses Gesetzes ist es,

- zu verhindern, daß durch Baugrundstücke, durch die Anordnung, Errichtung, Änderung, Unterhaltung oder den Abbruch baulicher und nichtbaulicher Anlagen, an die nach diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes Anforderungen gestellt werden,
  die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet oder
  das Orts- und Landschaftsbild verunstaltet wird, sowie
- dafür Sorge zu tragen, daß bauliche Anlagen
  den Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse und an eine menschenwürdige Umwelt entsprechen, insbesondere die besonderen Belange der Familien, Kinder, Behinderten und alten Menschen berücksichtigen.

2. (Auffangnorm, die zB. im Anschluß an die formelle Generalklausel in die Bauordnungen eingefügt werden kann)

Soweit die Vorschriften dieses Gesetzes oder die aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften nicht ausreichen, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren, können die Bauaufsichtsbehörden weitergehende Maßnahmen treffen.

Musterbauordnung

§ 3

Allgemeine Anforderungen

(1) Bauliche Anlagen sind so zu entwerfen, anzuordnen, zu errichten, zu ändern und zu unterhalten, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere Leben oder Gesundheit, nicht gefährdet werden. Sie sind einwandfrei zu gestalten, dürfen das Gesamtbild ihrer Umgebung nicht stören und müssen ihrem Zweck entsprechend ohne Mißstände benutzbar sein. Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst sind zu beachten.
(2) Für den Abbruch baulicher Anlagen, für die Änderung ihrer Benutzung, für die Baustelle und für die Baugrundstücke gilt Absatz 1 Satz 1 und Satz 3 sinngemäß.
(3) Als allgemein anerkannte Regeln der Baukunst gelten insbesondere die von der obersten Baubehörde durch öffentliche Bekanntmachung eingeführten technischen Baubestimmungen. Bei der Bekanntmachung kann hinsichtlich des Inhalts der Baubestimmungen auf die Fundstelle verwiesen werden.

Baden-Württemberg

§ 3

Allgemeine Anforderungen

(1) Bauliche Anlagen sind so anzuordnen, zu errichten und zu unterhalten, daß Recht oder Ordnung nicht verletzt, insbesondere Leben und Gesundheit nicht bedroht werden und daß sie ihrem Zweck entsprechend ohne Mißstände benutzbar sind. Sie dürfen nicht verunstaltet wirken und ihre Umgebung nicht verunstalten. Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst sind zu beachten.

(2) Für die in § 1 Abs. 1 genannten Grundstücke, anderen Anlagen und Einrichtungen sowie für den Abbruch baulicher Anlagen gilt Absatz 1 entsprechend.
(3) Als allgemein anerkannte Regeln der Baukunst gelten insbesondere die von der obersten Baurechtsbehörde durch öffentliche Bekanntmachung eingeführten bautechnischen Bestimmungen. Bei der Bekanntmachung kann die Wiedergabe des Inhalts der Bestimmungen durch einen Hinweis auf die Fundstelle ersetzt werden.

Bayern

Art. 3

Allgemeine Anforderungen

(1) Bauliche Anlagen sind so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und zu unterhalten, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere Leben oder Gesundheit, nicht gefährdet werden. Sie sind einwandfrei zu gestalten, dürfen das Gesamtbild ihrer Umgebung nicht verunstalten und müssen ihrem Zweck entsprechend ohne Mißstände benutzbar sein. Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst sind zu beachten.
(2) Für den Abbruch baulicher Anlagen, für die Änderung ihrer Benutzung, wenn für die neue Benutzung andere baurechtliche Vorschriften als für die bisherige Benutzung gelten, und für die Baustellen gilt Abs. 1 sinngemäß.
(3) Baugrundstücke müssen den Anforderungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entsprechen. Abs. 1 gilt sinngemäß.
(4) Als allgemein anerkannte Regeln der Baukunst gelten insbesondere die technischen Baubestimmungen, die das Staatsministerium des Innern durch öffentliche Bekanntmachung einführt. Es genügt, wenn die Bekanntmachung hinsichtlich des Inhalts der Baubestimmungen auf die Fundstelle verweist.

Berlin

§ 3

Allgemeine Anforderungen

(1) Bauliche Anlagen sind so zu entwerfen, anzuordnen, zu errichten, zu ändern und zu unterhalten, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere Leben oder Gesundheit, nicht gefährdet werden. Bauliche Anlagen dürfen nicht verunstaltet wirken; sie dürfen das Gesamtbild ihrer Umgebung nicht stören und müssen ihrem Zweck entsprechend ohne Mißstände benutzbar sein. Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst sind zu beachten.

(2) Für den Abbruch baulicher Anlagen, für die Änderung ihrer Benutzung, für die Baustelle und für die Baugrundstücke gilt Absatz 1 Satz 1 und Satz 3 sinngemäß.

(3) Als allgemein anerkannte Regeln der Baukunst gelten insbesondere die von dem Senator für Bau- und Wohnungswesen durch Bekanntmachung im Amtsblatt für Berlin eingeführten technischen Baubestimmungen. Bei der Bekanntmachung kann hinsichtlich des Inhalts der Baubestimmungen auf die Fundstelle verwiesen werden.

Hamburg

§ 3

Grundsätze

(1) Bauliche Anlagen sind so anzuordnen, zu errichten und zu unterhalten, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere Leben und Gesundheit, nicht gefährdet werden und keine unzumutbaren Belästigungen entstehen; sie müssen ihrem Zweck entsprechend ohne Mißstände benutzt werden können. Dies gilt sinngemäß auch für die Änderung und den Abbruch baulicher Anlagen, die Änderung ihrer Benutzung, die Baustelle und nicht bebaute Teilflächen der Grundstücke.

(2) Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst sind zu beachten. Bei Bauausführungen, die den von der Bauaufsichtsbehörde eingeführten technischen Baubestimmungen entsprechen, gilt diese Voraussetzung als erfüllt. Die Einführung technischer Baubestimmungen ist im Amtlichen Anzeiger bekanntzugeben.

Hessen

§ 3

Allgemeine Anforderungen

(1) Bauliche Anlagen sind so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und zu unterhalten, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht, auch nicht durch unzumutbare Nachteile und Belästigungen, gefährdet wird. Sie müssen ihrem Zweck entsprechend ohne Mißstände benutzbar sein. Sie dürfen nicht verunstaltet wirken und das Gesamtbild ihrer Umgebung nicht stören. Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst, der Technik, einschließlich der Elektro-, Gas-, und Wassertechnik, und des Grünflächen- und Landschaftsbaus sind zu beachten.
(2) Für den Abbruch baulicher Anlagen, für die Änderung ihrer Benutzung, für die Baustelle und für die Baugrundstücke gilt Abs. 1 Satz 1 und 4 entsprechend.
(3) Als allgemein anerkannte Regeln der Baukunst, der Technik und des Grünflächen- und Landschaftsbaus gelten insbesondere die von der obersten Bauaufsichtsbehörde durch Bekanntgabe im Staats-Anzeiger für das Land Hessen eingeführten technischen Baubestimmungen und Richtlinien besonderer sachverständiger Stellen, wie des Deutschen Instituts für Normung. Dabei kann hinsichtlich ihres Inhaltes auf die Fund- oder Bezugsstelle verwiesen werden.

Niedersachsen

§ 1

Grundsätzliche Anforderungen

(1) Bauliche Anlagen müssen so angeordnet, beschaffen und für ihre Benutzung geeignet sein, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht gefährdet wird. Besonders dürfen Leben oder Gesundheit nicht bedroht werden. Unzumutbare Belästigungen oder unzumutbare Verkehrsbehinderungen dürfen nicht entstehen.

(2) Bauliche Anlagen müssen den allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse entsprechen. Dazu gehört auch die Rücksicht auf Behinderte, alte Menschen, Kinder und Mütter mit Kleinkindern.

(3) Bauliche Anlagen dürfen nicht verunstaltet wirken und dürfen auch das Gesamtbild ihrer Umgebung nicht verunstalten.

(4) Baudenkmale sind im Rahmen der Sozialgebundenheit des Eigentums zu erhalten.

(5) Baumaßnahmen dürfen keine Verhältnisse schaffen, die den vorstehenden Anforderungen widersprechen. Bauliche Anlagen sind so instand zu halten, daß diese Anforderungen gewahrt bleiben.

(6) Nicht bebaute Flächen der Baugrundstücke sind so herzurichten und zu unterhalten, daß die Erfüllung der Anforderungen in den Absätzen 1 bis 4 nicht beeinträchtigt wird.

(7) Baumaßnahmen sind so durchzuführen, daß dabei die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährdet wird. Absatz 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

(8) Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst und der Technik sind einzuhalten. Von ihnen darf abgewichen werden, wenn den vorstehenden Anforderungen auf andere Weise ebenso wirksam entsprochen wird.

Nordrhein-Westfalen

§ 3

Allgemeine Anforderungen

(1) Bauliche Anlagen sind so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und instandzuhalten, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere Leben oder Gesundheit, nicht gefährdet werden. Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst sind zu beachten. Bauliche Anlagen dürfen nicht verunstaltet wirken; sie dürfen das Gesamtbild ihrer Umgebung nicht stören und müssen ihrem Zweck entsprechend ohne Mißstände zu benutzen sein.
(2) Für den Abbruch baulicher Anlagen, für die Änderung ihrer Benutzung, für die Baustelle und für die Baugrundstücke gilt Absatz 1 Satz 1 und 2 sinngemäß.
(3) Als allgemein anerkannte Regeln der Baukunst gelten auch die von der obersten Bauaufsichtsbehörde eingeführten technischen Baubestimmungen. Die Einführung erfolgt durch Bekanntgabe im Ministerialblatt; dabei kann hinsichtlich des Inhalts der technischen Baubestimmungen auf die Fundstelle verwiesen werden.
(4) Soweit im Einzelfall besondere Anforderungen gestellt werden, müssen sich diese im Rahmen der allgemeinen Anforderungen des Absatzes 1 halten.

Rheinland-Pfalz

§ 3

Sicherheit und Ordnung

(1) Bauliche Anlagen sind so anzuordnen, zu errichten und zu unterhalten, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht gefährdet wird. Dies gilt sinngemäß auch für die Änderung und den Abbruch baulicher Anlagen, für die Änderung ihrer Benutzung und für die nicht bebauten Flächen der bebauten Grundstücke.

(2) Die anerkannten Regeln der Baukunst sind zu beachten. Als solche gelten auch die von der obersten Bauaufsichtsbehörde als Richtlinien eingeführten technischen Baubestimmungen.

(3) Soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, genügt es, daß die in diesem Gesetz an bauliche Anlagen, Baustoffe und Bauteile gestellten technischen Anforderungen dem Maße entsprechen, das unter Beachtung der anerkannten Regeln der Baukunst als ausreichend zu betrachten ist.

Saarland

§ 3

Allgemeine Anforderungen

(1) Bauliche Anlagen sind so zu entwerfen, anzuordnen, zu errichten, zu ändern und zu unterhalten, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere Leben oder Gesundheit, nicht gefährdet werden. Sie sind einwandfrei zu gestalten, dürfen das Gesamtbild ihrer Umgebung nicht stören und müssen ihrem Zweck entsprechend ohne Mißstände benutzbar sein. Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst sind zu beachten.

(2) Für den Abbruch baulicher Anlagen, für die Änderung ihrer Benutzung, für die Baustelle und für die Baugrundstücke gilt Absatz 1 Satz 1 und Satz 3 sinngemäß.

(3) Als allgemein anerkannte Regeln der Baukunst gelten auch die von dem Minister für Öffentliche Arbeiten und Wohnungsbau durch öffentliche Bekanntmachung eingeführten technischen Baubestimmungen. Bei der Bekanntmachung kann hinsichtlich des Inhalts der Baubestimmungen auf die Fundstelle verwiesen werden.

§ 3
Allgemeine Anforderungen

(1) Bauliche Anlagen sind so zu entwerfen, anzuordnen, zu errichten, zu ändern, zu unterhalten und zu nutzen, daß die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere Leben oder Gesundheit, nicht gefährdet werden. Die Anlagen sind einwandfrei zu gestalten, dürfen das Gesamtbild ihrer Umgebung nicht verunstalten und müssen ihrem Zweck entsprechend ohne Mißstände nutzbar sein.

(2) Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst sind zu beachten. Bei Bauvorhaben, die den von der obersten Bauaufsichtsbehörde als Richtlinien eingeführten Technischen Baubestimmungen entsprechen, gilt diese Voraussetzung als erfüllt. Die Einführung der Technischen Baubestimmungen erfolgt durch Bekanntgabe im Amtsblatt für Schleswig-Holstein; dabei kann hinsichtlich des Inhalts der Technischen Baubestimmungen auf die Fundstelle verwiesen werden.

(3) Für den Abbruch baulicher Anlagen, für die Änderung ihrer Nutzung, für die Baustelle und für die Baugrundstücke gilt Abs. 1 Satz 1 sinngemäß.

Lebenslauf

geboren	am 21. März 1954 in München als Tochter des Dipl.-Ingenieurs Hermann Bauer und der Hausfrau Dr. Gertraud Bauer, geb. Daxenberger
Schulbildung	1960 - 1964 Volksschule in München 1964 - 1972 humanistisches Gymnasium, Ludwigsgymnasium München Juni 1972 Abitur
Studium	der Rechtswissenschaft an den Universitäten München und Genf (Schweiz) bis zum 1. Staatsexamen 1977/I
Referendardienst	im OLG-Bezirk München bis zum 2. Staatsexamen 1979/II
Beruf	Januar 1980 - April 1981 Rechtsanwältin in München seit Mai 1981 Regierungsrätin z.A. am Bayerischen Staatsministerium des Innern